Ist zum Schutze der Gefolgschaft eine vertragliche Vereinbarung von Betriebsordnungsbestimmungen anzunehmen?

(Ein Beitrag zur Frage des Verhältnisses zwischen Betriebsordnung und Einzelarbeitsvertrag nach dem Recht des Arbeitsordnungsgesetzes.)

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des juristischen Doktorgrades
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Schlesischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Breslau

vorgelegt von

Paul Latzke
Gerichtsreferendar.

Breslau 1941

Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, e. G. m. b. H., Breslau 1, Ursulinerstraße 1

Gedruckt mit Genehmigung der Rechts- und Wirtschafts-
wissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau

Berichterstatter: Prof. Dr. Hans Thieme.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Gewidmet meiner Braut Anna Maria Lenz

Inhaltsübersicht.

A. Einführung.

Seite

Vorbemerkung 7

I. Problemstellung 8

1. Der Tatbestand 8

2. Das Problem 9

3. Behandlung in der Rechtswissenschaft 10

4. Die Lehre Nipperdeys insbesondere 10

II. Praktische Beispiele 11

1. Art der Arbeit 11

2. Dauer der Arbeit (Kündigungsfristen) 11

3. Entgelt der Arbeit 12

III. Zielsetzung 13

1. Lösungsmethode 13

2. Lösungsgrundlagen 14

B. Die Behandlung des Problems in der Rechtswissenschaft.

I. Die Vertragstheorien 16

1. Die Nachwirkungslehre des alten Arbeitsrechts 16

2. Die Vereinbarungstheorien des neuen Arbeitsrechts 17

a) Dersch 18

b) Potthoff 18

c) Westermann 19

d) Nehm 20

3. Ablehnung der Vereinbarungstheorien 20

a) Allgemeine Stellungnahme 20

b) Die sogenannten beschränkten Vereinbarungstheorien (Beispiel: Dersch, Potthoff) 21

c) Verkennung der Betriebsordnungsvorschriften als zwingend ergänzende Normen objektiver Rechte (Beispiel: Westermann) 22

d) Unvereinbarkeit mit dem Führerprinzip (Beispiel: Nehm) 25

II. Die Lehre Nipperdeys und seiner Anhänger 27

1. a) Die Lehre 27

b) Allgemeine Stellungnahme 29

c) Kernpunkt der Lehre 30

2. Begründung der Lehre und ihre Kritik 32

a) Das Ordnungsprinzip 32

aa) Inhalt und Bedeutung 32

bb) Grenzen seiner Geltung 33

cc) insbesondere seine Durchbrechung durch die vertragliche Vereinbarung 34

dd) Seine Funktion im Recht der Betriebsordnung . . . 35

Seite

b) Das Leistungsprinzip 35
aa) Bedeutung des Leistungsprinzips 35
bb) Seine Umdeutung durch Nipperdey 36
cc) Das Wesen des Leistungsprinzips als ein Sozialprinzip 36
dd) Seine Durchführung im praktischen Arbeitsleben . . 37
3. Nipperdey und die Rechtswissenschaft 38
a) Das Reichsarbeitsgericht 38
b) Die Rechtslehre 40
c) insbes. die Vertreter der Lehre vom Arbeitsverhältnis als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis 41

C. Lösungsversuch.

I. Betriebsgemeinschaft und Gefolgsmann 43
1. Schließt das Recht der Gemeinschaft Individualrechte aus? . 43
2. Gemeinschaft setzt rechtliches Wollen und Können ihrer Einzelglieder voraus 44
II. Die vertragliche Vereinbarung 46
1. Die Ablehnung des Vertrages (insbes. Siebert) 46
2. Der Vertrag als Gemeinschaftsverhältnis und Bauteil der Betriebsgemeinschaft 47
III. Die vertragliche Vereinbarung von Betriebsordnungsnormen . 48
1. Die betriebliche Rechtsetzung und die vertragl. Vereinbarung 48
2. Die Willensrichtung der Arbeitsvertragspartner im praktischen Arbeitsleben 49
a) Die für den Arbeiter lebenswichtigen Arbeitsbedingungen (Grundarbeitsbedingungen) 49
b) Die Gemeinschaftsbedingungen 49
3. Auslegungsgrundsätze für den Vertragswillen der Arbeitsvertragspartner 50
4. Die Willenseinstellung des Arbeiters 51
a) Sein Vertragswille 51
b) Sein Interesse an einer vertraglichen Bindung des Unternehmers 52
5. Die Willenseinstellung des Unternehmers 52
a) Mangelnder Vertragswille? 52
b) Die Erfahrungen in der Praxis 53
c) Einfluß des § 2 AOG. 53
6. Ergebnis: Regelmäßige Vereinbarung der Grundarbeitsbedingungen 54
7. Zustimmung in der Rechtswissenschaft 55
IV. Zusammenfassung 56

A. Einführung.

Ist zum Schutze der Gefolgschaft eine vertragliche Vereinbarung von Betriebsordnungsbestimmungen anzunehmen?

Vorbemerkung.

Die Maßnahmen zur Sicherung des Reiches vor Kriegsausbruch und jetzt der Krieg selbst haben wegen der Notwendigkeit einer straffen und zentralen Lenkung und Überwachung des Arbeitseinsatzes und der Erzeugung zur vorübergehenden Aufhebung der im Arbeitsordnungsgesetz festgelegten Betriebsautonomie geführt. So ist bereits durch die Lohngestaltungsverordnung vom 25. 6. 1938 (RGBl. I, 1938, S. 691) mit den dazugehörigen Anordnungen vom 23. Juli und 7. September 1938 (Amtl. Mittlg. 1938, Nr. 24 und 26) dem Treuhänder der Arbeit ein unmittelbares Eingriffsrecht in einzelbetriebliche Angelegenheiten eingeräumt und für alle betriebsordnungsmäßigen und sonstigen Regelungen von Arbeitsbedingungen eine Genehmigungspflicht vorgeschrieben. Im Kriege selbst sind insbesondere die Aufhebung (Kündigung) und Begründung eines Arbeitsverhältnisses von der vorherigen Genehmigung durch das Arbeitsamt abhängig gemacht worden (§ 1 und § 4 der Verordnung über die Beschränkung des Arbeitsplatzwechsels vom 1. 9. 1939, RGBl. I, 1939, S. 1685 f.), die Erhöhung und Herabsetzung von Löhnen, Gehältern verboten (Kriegswirtschaftsverordnung vom 4. 9. 1939, RGBl. I, 1939, S. 1609—1163, und 2. Durchführungsbestimmungen zum Abschnitt III (Kriegslöhne) der Kriegswirtschaftsverordnung vom 12. 10. 1939, RGBl. I, 1939, S. 2028) und die Arbeitszeitbestimmungen für männliche Arbeiter und Angestellte außer Kraft gesetzt worden (§ 4 Verordnung zur Abänderung und Ergänzung von Vorschriften auf dem Gebiete des Arbeitsrechts vom 1. 9. 1939, RGBl. I, 1939, S. 1683). Dieses sogenannte Kriegsnotrecht hat die freie, selbständige Rechtsetzungsbefugnis des Betriebsführers beseitigt und der vertraglichen Vereinbarung zwischen den Arbeitsvertragspartnern eine nur sehr bescheidene Möglichkeit gelassen. Trotzdem behält das Problem dieser Arbeit seine volle Bedeutung. Denn das Notrecht hat nur eine vorübergehende Aufgabe. Es muß deshalb auch bei der Grundsätzlichkeit des hier zur Behandlung gestellten Problems außer Betracht bleiben. Grundlage dieser Untersuchung ist allein das Recht des Arbeitsordnungsgesetzes.

I. Problemstellung.

1. Der Tatbestand.

Das Arbeitsordnungsgesetz hat dem Führer des Betriebes die Befugnis verliehen, die Betriebsordnung einseitig und unabhängig von irgendwelchen betrieblichen Stellen zu erlassen, sie abzuändern und aufzuheben (§ 26 AOG.). Da in der Betriebsordnung gemäß § 27 AOG. alle betrieblichen Angelegenheiten geregelt werden können, ist dem Führer die Macht gegeben, einseitig sämtlichen Gefolgschaftsangehörigen alle Arbeitsbedingungen bindend vorzuschreiben. Denn nach zutreffender herrschender Meinung sind die Bestimmungen der Betriebsordnung Normen objektiven Rechts.[1]) Als solche gestalten sie — ähnlich Gesetzesbestimmungen — die Arbeitsverhältnisse unmittelbar, ohne Rücksicht auf eine darauf gerichtete Willenseinigung der Arbeitsvertragspartner, insbesondere also ohne Rücksicht darauf, ob der Gefolgsmann den in der Betriebsordnung enthaltenen Arbeitsbedingungen zustimmt oder widerspricht, ob er sie kennt oder nicht kennt.

Mit dieser umfassenden Rechtsetzungsmacht des Führers des Betriebes ist zugleich die Möglichkeit ihres Mißbrauchs gegeben. Besonders um des § 27 Abs. 3 AOG. willen ist ein Mißbrauch oder auch schon ein nicht richtiger Gebrauch der Entscheidungsgewalt für den Gefolgsmann sehr gefährlich.[2]) Ihm können von heute auf morgen seine lebenswichtigen Arbeitsbedingungen wie z. B. Art, Dauer und Entgelt der Arbeit verschlechtert werden, so daß er sich unvorhergesehen vor eine veränderte, seine wirtschaftliche Existenz gefährdende Lebenslage gestellt sieht. Diese Gefahr wird noch dadurch verstärkt, daß insbesondere die Herabsetzung des Lohnes, die Verlängerung der Arbeitszeit und die Zuweisung ungünstigerer Arbeit dem Führer des Betriebes als gleichzeitigem Unternehmer Nutzen und Vorteile bringen, und hierdurch ein nicht zu unterschätzender Anreiz für ihn gegeben ist, seine Macht zu seinem Vorteil und zum Schaden der Gefolgsleute zu gebrauchen.[3])

Die einzig wirksame Sicherung des Gefolgsmannes in der Weise, daß ein derartiger Mißbrauch überhaupt unmöglich ist, wäre die vertragliche Bindung des Unternehmers an die in der Betriebsordnung festgesetzten Arbeitsbedingungen. Denn als

---

[1]) Hueck-Nipperdey-Dietz: Kommentar zum AOG. Anm. 36 ff. zu § 26, Anm. 16 zu § 30; Mansfeld-Pohl: Kommentar zum AOG. Anm. 2 a zu § 30; Dersch: Kommentar zum AOG. Anm. 2 a zu § 26; Reichsarbeitsger. in Arb.Rechts-Samml. 29/3 ff., 31/173 ff., RAG.-Urteil vom 7. Juni 1939, abgedr. in DR. 39/1767 ff.

[2]) Vgl. Dietz in DAR. 1934, S. 104.

[3]) Rust: NS.-Soz.Pol. 1938, S. 297; Schlichting: NS.-Soz.Pol. 1937, S. 333; Nehm: a. a. O., S. 20 ff.

speziellere Rechtsquelle würde eine gleichzeitige vertragliche Vereinbarung der Betriebsordnungsvorschriften zur Folge haben, daß der Unternehmer eine Verschlechterung der geltenden Arbeitsbedingungen nur nach fristgemäßer Kündigung des ganzen Arbeitsvertrages oder nach Aufkündigung der betreffenden abzuändernden Arbeitsbedingungen herbeiführen könnte.[4]) Dabei bliebe dem Gefolgsmann noch die Möglichkeit, durch Verweigerung der Neubegründung des Arbeitsverhältnisses sich den verschlechternden Maßnahmen zu entziehen.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß eine solche Gebundenheit des Führers des Betriebes in allen seinen Entscheidungen dem Arbeitsordnungsgesetz genau so widersprechen würde, wie der Gebrauch der Rechtsetzungsmacht zum eigenen Vorteil und zum Schaden der Gefolgschaftsangehörigen. Dies würde gegen § 2 Abs. 2 AOG. verstoßen und den sozialen Grundsatz der Fürsorge verletzen, jenes würde den in § 2 Abs. 1 AOG. aufgestellten Führungsgrundsatz aufheben.

2. Das Problem.

Hiermit wird das Problem sichtbar, daß eine starke Führung die größtmögliche Freiheit in allen Entscheidungen verlangt, daß sich aber anderseits aus der unbedingt sozialistischen Ausrichtung des neuen Arbeitsrechtes eine Bedrohung des Arbeiters in seinen lebenswichtigen Arbeitsbedingungen verbietet. Konkreter: Dem Führergrundsatz würde es entsprechen, daß der Führer des Betriebes frei von jeder vertraglichen Bindung jederzeit die Bestimmungen der Betriebsordnung verschlechtern könnte, und die Gefolgschaft dem geänderten Willen Gehorsam schulden würde; Treu und Glauben aber würde es widersprechen, wenn der Unternehmer sich auf diesem Wege einseitig von übernommenen Verpflichtungen lösen könnte.[5])

Die Lösung dieses Problems ist die Antwort auf die hier zur rechtlichen Untersuchung gestellte Frage: Sind nach dem AOG. vertragliche Vereinbarungen von Betriebsordnungsvorschriften zum Schutze der Gefolgschaftsangehörigen gegen die unabweislichen Gefahren der einseitigen Rechtsetzungsmacht des Führers des Betriebes zu bejahen und wenn ja, in welchem Umfange?

---

[4]) Wegen der Anwendbarkeit der Kündigungsschutzbestimmungen bei Aufkündigung einzelner Arbeitsbedingungen vgl. RAG. in Arb.R.Slg. Bd. 18, S. 270; Mansfeld in Arb.R.Slg. Bd. 33, S. 226; Hueck in Arb.-R.Slg. Bd. 28, S. 111 (LAG.).

[5]) So Arbeitsrecht und Volkstum 1934/247.

3. Behandlung in der Rechtswissenschaft.

Diese Frage ist eine Teilfrage des umfassenderen Problems des Verhältnisses zwischen Betriebsordnung und Einzelarbeitsvertrag, das Nipperdey eines der vordringlichsten, aber auch schwierigsten und schwerwiegendsten des gegenwärtigen Arbeitsrechts genannt hat.[6]) Entsprechend der großen Bedeutung der Streitfrage für das praktische Arbeitsleben[7]) hat sich die Rechtslehre und Rechtsprechung, sei es indirekt bei Erörterung des Verhältnisses zwischen Betriebsordnung und Einzelarbeitsvertrag, oder direkt mit ihr befaßt. Je nachdem, ob man für die Regelung der Arbeitsverhältnisse der vertraglichen Vereinbarung oder der Rechtsetzungsmacht des Führers des Betriebes den Vorrang einräumte, und je nachdem, ob man die Schutzbedürftigkeit der Gefolgschaftsangehörigen oder die Entscheidungsfreiheit des Betriebsführers voranstellte, bejahte man eine vertragliche Geltung der Betriebsordnungsvorschriften oder lehnte ihre Erhebung zum Vertragsinhalt ab.

Mit mannigfaltigster und oft gegensätzlichster Begründung und in ebenso verschiedenem Umfange wird eine vertragliche Geltung bzw. Vereinbarkeit der Betriebsordnungsbestimmungen von den Vertretern der sogenannten Nachwirkungslehre bejaht, von Nipperdey und seinen Anhängern unbedingt verneint. Erst neuestens hat Rust eine Lösung vorgeschlagen, die durch eine vertragliche Bindung des Betriebsführers nur hinsichtlich einiger Arbeitsbedingungen sowohl der Entscheidungsfreiheit des Führers des Betriebes als auch der Schutzbedürftigkeit der Gefolgschaftsangehörigen gerecht zu werden sich bemüht.[8])

4. Die Lehre Nipperdeys insbesondere.

Im Gegensatz zu den Nachwirkungstheorien übt die Lehre Nipperdeys einen großen Einfluß auf die Praxis der Gerichte aus. Seine These: ‚soweit die Betriebsordnung Arbeitsbedingungen geregelt hat, ist ihre vertragliche Vereinbarung ausgeschlossen, es sei denn, daß sie als Vergünstigung des betreffenden Gefolgsmannes auf der Grundlage des Leistungsprinzips getroffen ist‘,[9]) versagt dem Gefolgsmann praktisch

[6]) Vgl. Nipperdey in Bemerkg. zum RAG.-Urteil in Arb.R.Slg. 31/176; Rust: NS.-Soz.Pol. 1938/295.

[7]) Vgl. Arbeitsrechtsprechung 1935, Heft 15, S. 217, ebd. Heft 4, S. 65, wonach die Arbeitsgerichte die Berufung wegen der Wichtigkeit und grundsätzlichen Bedeutung der Streitfrage auf Grund des § 64 Arb.Ger.Ges. zuzulassen pflegen.

[8]) Rust: Betriebsordnung, Einzelarbeitsvertrag und Ordnungsprinzip, NS.-Soz.Pol. 1938/295 ff.

[9]) Was aber nach Nipperdey nur ein seltener Ausnahmefall sein kann. Vgl. Festschrift für Lehmann, S. 263.

jede Sicherungsmöglichkeit durch vertragliche Bindung des Unternehmers. Wenn das Reichsarbeitsgericht sich bisher auch noch nicht die Lehre Nipperdeys zu eigen gemacht hat, was Rust unzutreffend anzunehmen scheint, so steht es doch, wie einige Entscheidungen beweisen,[10]) sehr stark unter ihrem Einfluß. Es ist damit die Gefahr einer Entwickelung gegeben, die in ihren Ergebnissen, wie die folgende Auswahl zeigen mag, für den deutschen Arbeiter schlechthin untragbar wäre.

II. Praktische Beispiele.

1. Art der Arbeit.

1. Ein Bergmann, unter Tage beschäftigt, verdient einen Schichtlohn von acht Reichsmark. Die Höhe des Lohnes für die betreffende Untertagearbeit ist in der Betriebsordnung festgesetzt. Nach dreivierteljähriger Tätigkeit wird er mit einer anderen Arbeit über Tage beschäftigt und erhält einen Schichtlohn von fünf Reichsmark. Dem Bergmann, der auf Weiterbeschäftigung unter Tage oder auf Zahlung des entsprechenden Lohnes klagt, wird entgegengehalten, daß der Führer des Betriebes auf Grund seiner Entscheidungsmacht ihn habe versetzen können. Es werde ihm zu Recht nur ein Schichtlohn von fünf Reichsmark gezahlt, da in der Betriebsordnung für diese Beschäftigung über Tage der Lohn so festgesetzt sei. Sein Verlangen wäre nur dann begründet gewesen, wenn er den Ausschluß seiner Versetzung und der damit verbundenen lohnmäßigen Neueinstufung vereinbart hätte.

2. In einem Betrieb enthält eine Betriebsordnung sehr günstige Arbeitsbedingungen für eine Gruppe von Facharbeitern, die sehr gesucht sind. Unter anderem enthält sie die Bestimmung, daß diese Arbeiter in unkündbarer Dauerstellung eingestellt werden. Nach längerer Zeit, als genügend solcher Facharbeiter zur Verfügung standen, hebt der Führer des Betriebes neben anderen günstigen Bedingungen auch die Dauerstellung der betreffenden Berufsgruppe in der Betriebsordnung auf und wandelt sie in kündbare Arbeitsverhältnisse um. Nach der herrschenden Meinung dürfte ihm das gestattet sein.

2. Dauer der Arbeit (Kündigungsfristen).

3. Ein Arbeiter tritt in einen Betrieb als Werbezettelverteiler ein. Die Betriebsordnung enthält für alle Gefolgschaftsmitglieder eine dreimonatige Kündigungsfrist. Als die Verteilung der Zettel polizeilich verboten wird, ändert der

---

[10]) Vgl. insbesondere RAG. in Arb.R.Slg. 29/3 ff. und Entscheidung des Reichs-Arb.Ger. vom 7. 6. 1939, abgedr. in DR. 1939/1767 f.

Führer des Betriebes die Betriebsordnung dahin, daß bei polizeilichem Verbot des Zettelverteilens das Arbeitsverhältnis der Verteiler fristlos erlischt. Nach der Lehre Nipperdeys war der Unternehmer daran nicht gehindert, und die fristlose Kündigung der Zettelverteiler ist wirksam.

4. In einem Betrieb, der nicht der Gewerbeordnung unterliegt und auf dessen Beschäftigte auch nicht die Kündigungsvorschriften des HGB. Anwendung finden, gilt eine Betriebsordnung, die nach längerer Betriebszugehörigkeit halbjährliche Kündigung vorsieht. Der Führer des Betriebes hebt eines Tages die Betriebsordnung auf, um sie in einigen unwesentlichen Punkten neu zu fassen und setzt sie nach wenigen Tagen ohne Änderung der bisherigen Kündigungsbestimmungen wieder in Kraft. In der Zwischenzeit erfolgt eine fristlose Entlassung. Der Betroffene, der sich auf die Einhaltung der betriebsordnungsmäßigen Kündigungsfrist von 6 Monaten beruft, muß sich entgegenhalten lassen, daß er als täglich bezahltes Gefolgschaftsmitglied gemäß § 621 BGB. täglich gekündigt werden kann. Auf die alte Betriebsordnung könne er sich nicht mehr stützen, da diese am Tage der Kündigung nicht mehr in Kraft gewesen, auf die neue ebenfalls nicht, weil er vor Inkrafttreten der Betriebsordnung endgültig ausgeschieden sei.

3. Entgelt der Arbeit.

5. Ein Gefolgsmann tritt in einen leistungsfähigen und gut zahlenden Betrieb ein, für den keine Tarifordnung gilt und dessen Betriebsordnung eine Lohnregelung enthält. Später hebt der Führer des Betriebes die Lohnregelung ersatzlos auf, was ihm verstattet ist, da sie nur zum fakultativen Inhalt der Betriebsordnung gehört. Da eine vertragliche Vereinbarung nach Nipperdey nicht möglich ist, verliert das Gefolgschaftsmitglied seinen Lohnanspruch in der bisherigen betriebsordnungsmäßigen Höhe und ist auf einen gemäß den §§ 612, 212, 316 BGB. zu ermittelnden Lohn angewiesen. Das bedeutet zumindest, daß der Lohnanspruch, die Existenzgrundlage des Gefolgsmannes, unbestimmt wird. Sicher aber wird, da es sich um einen gut zahlenden Betrieb handelte, der angemessene bzw. übliche Lohn niedriger sein. Das Ergebnis wird zur offenbaren Unbilligkeit, wenn ein Gefolgsmann, um sich zu verbessern, gerade im Vertrauen auf die in der Betriebsordnung enthaltene günstige Lohnregelung, sich zur Annahme einer Stellung in diesem Betriebe entschlossen hat.

6. Ein Betriebsführer gibt durch Anschlag am schwarzen Brett bekannt, daß er zu Weihnachten jedem Gefolgschaftsmitglied fünfzig Reichsmark als Gratifikation zahle und ver-

fährt danach auch mehrere Jahre. Im laufenden Jahr will er die Zahlung verweigern. Ein anderer Betriebsführer, der sich mit ihm gleichzeitig zur Gewährung einer alljährlichen Gratifikation von fünfzig Reichsmark entschlossen hatte, verankerte diese Regelung in der Betriebsordnung, um ihr damit eine besonders feierliche Grundlage und eine Art verfassungsmäßige Garantie zu geben. Während der erste an sein durch den Anschlag bekanntgegebenes Versprechen gebunden ist und gegebenenfalls zur Zahlung verurteilt werden würde, kann der zweite Unternehmer die in der Betriebsordnung erklärte Gratifikationszusage jederzeit aufheben, weil nach Nipperdey das Ordnungs- und Leistungsprinzip es so zulasse.

III. Zielsetzung.

1. Lösungsmethode.

Diese Ergebnisse sind offensichtlich unbillig. Es bleibt deshalb nur übrig anzunehmen, daß das Arbeitsordnungsgesetz nicht richtig ausgelegt bzw. angewendet ist.

Wenn das Gesetz Rechtsfragen nur in den Grundlinien geregelt hat, dann muß bei ihrer Beantwortung der Lebenssachverhalt Ausgangspunkt aller rechtlichen Überlegungen und Schlußfolgerungen sein. Seinen wirklichen Gegebenheiten, seinen Notwendigkeiten, Zweckmäßigkeiten und unabweisbaren Bedürfnissen hat die Gesetzesauslegung und Anwendung zu folgen.[11])

Es genügt jedoch nicht nur eine allgemeine Vorstellung über den wirklichen Sachverhalt. Es ist erforderlich, den Lebenssachverhalt selbst zum Gegenstand der Untersuchung zu machen. Regelmäßige Folge des Verstoßes gegen diesen Grundsatz sind mehr oder weniger lebensfremde oder gar lebensfeindliche Konstruktionen und Systeme. Wäre das gewonnene System noch so logisch und noch so geschlossen in seiner dogmatischen Grundlegung und Durchführung, sofern es neben dem Leben steht und dem ersten Grundsatz allen Rechtes, der Gerechtigkeit, widerspricht, verurteilt es sich selbst. Das praktische Arbeitsleben hat sich nicht einem System zu fügen, vielmehr hat dieses seine Brauchbarkeit an der Übereinstimmung mit den Bedürfnissen des Arbeitslebens auszuweisen.

Die Lehre Nipperdeys über die Anerkennung vertraglicher Vereinbarungen von Betriebsordnungsbestimmungen aber bringt, wie Rust mit Recht bemerkt,[12]) die arbeitsrechtliche

[11]) Vgl. Binder: Erneuerung des Rechts, S. 22 u. 25.
[12]) Rust: NS.-Soz.Pol. 1938/298.

Wissenschaft in die Gefahr, sich im Verfolg theoretisch zweifellos richtig gedachter und haltbarer Gedankengänge doch von der Wirklichkeit des Arbeitslebens allzusehr zu entfernen.

Die angeblichen zwingenden dogmatischen Notwendigkeiten — unter Hinweis auf das Eingriffsrecht des Treuhänders gegen offensichtliche Unbilligkeiten — können nicht entschuldigen. Eine Lehre, die zu solchen Ergebnissen gelangt, muß einen Fehler in ihrem System haben. Denn die Grundeinstellung des Arbeitsordnungsgesetzes ist unbedingt sozial. Es will grundsätzlich den Gefolgsmann als den sozial schwächeren sicherstellen.[13]) Der Hinweis auf die Schutzbestimmungen der §§ 16 und 36 AOG. kann um deswillen schon nicht befriedigen, weil diese Vorschriften nur ein bereits erfolgtes unsoziales Verhalten des Führers des Betriebes bestrafen bzw. rückgängig machen können, es jedoch nicht verhindert und in der Regel auch nicht die bereits eingetretenen Schäden vollkommen gut machen.[14]) Überdies wird, abgesehen von der Unbestimmtheit der Einwirkungsmöglichkeit des Treuhänders der Arbeit auf die Fakultativbestimmungen, immer nur schwer und unter großen Hemmungen eine Mehrheit im Vertrauensrat bereit sein, gegen ihren Betriebsführer im Wege der Beschwerde vorzugehen.[15])

2. Lösungsgrundlagen.

Wenn die Lehre trotz allem vertreten wird, und zwar mit Erfolg, dann müssen tiefere Gründe als die dogmatische Folgerichtigkeit einer Schulauffassung mitsprechen. Diese Gründe können wohl ohne Irrtum in dem allgemeinen Bestreben der Gegenwart gesehen werden, in Überwindung des bisherigen gemeinschaftszerstörenden Denkens nun die Rechte und Freiheiten der Gemeinschaft so stark herauszukehren, daß in Verkennung der richtigen Ordnung das rechtliche Können der Einzelperson über das natürliche und notwendige Maß eingeengt wird zum schließlichen Schaden der Gemeinschaft selbst.[16]) Das Mißtrauen gegen die vertragliche Vereinbarung als das dem Ausgleich der Einzelinteressen dienende rechtliche Gestaltungsmittel darf nicht zu einer Stellungnahme führen, die den Bedürfnissen des praktischen Arbeitslebens und ihren wirklichen Gegebenheiten nicht gerecht wird. Bei der grundsätz-

---

[13]) So auch Nipperdey, HND., Anm. 11 zu § 27.
[14]) Franke, DAR. 1934/309.
[15]) Dersch, DAR. 1934/71; Rust: NS.-Soz.Pol. 1938/299.
[16]) Siebert: insbes. das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit 1935, Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis in DAR. 1935/95; Rohde: Arbeitsverhältnis — Arbeitsvertrag, Z. Ak. f. DR. 1937/203 ff.

lichen Neugestaltung von Lebensverhältnissen für eine weite Zukunft dürfen solche Ressentiments nicht mitsprechen. Es wird deshalb bei der Lösung des Problems von der Stellung des Einzelnen in der Gemeinschaft ausgegangen und der Ort der vertraglichen Vereinbarung neben der Betriebsordnung in der Regelung der betrieblichen Verhältnisse festgelegt werden. Keinesfalls soll damit der Interessengegensatz zwischen Unternehmer und Gefolgsmann als der bestimmende Faktor für die Lösung angesehen werden. Im Gegenteil, es gilt diesem vorzubeugen und ihn auszugleichen. Daß aber ein Interessengegensatz zwischen Unternehmer und Gefolgsmann einerseits und zwischen dem Amt des Betriebsführers als Organ der Betriebsgemeinschaft und seiner gleichzeitigen Stellung als Unternehmer andererseits besteht, kann nicht geleugnet werden.[17]) Die Betonung der Gemeinschaftspflichten und der Appell an das soziale Gewissen des Führers des Betriebes allein kann angesichts des dringenden Schutzbedürfnisses der Gefolgschaftsangehörigen nicht genügen. Notwendig ist eine konkrete rechtliche Bindung der Rechtsetzungsmacht, die einen Mißbrauch hinsichtich der Grundarbeitsbedingungen ausschließt.

Auch von diesem Blickwinkel aus wird sich erweisen, daß neben der Rechtsetzung durch den Führer des Betriebes als Rechtsäußerung der Betriebsgemeinschaft die Macht des Einzelnen bestehen kann und muß, seine Rechtsbeziehungen selbst mitgestalten zu können, soweit gesetzliche Bestimmungen nicht entgegenstehen. Durch die rechtliche Anerkennung der Betriebsgemeinschaft und die Normierung der betrieblichen Rechtsetzung ist die vertragliche Vereinbarung keineswegs überflüssig, auch nicht nur den Leistungsbedingungen vorbehalten. Insbesondere sind die Voraussetzungen einer bindenden vertraglichen Vereinbarung auch im neuen Arbeitsrecht durch die allgemeinen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über die Willenserklärung und den Vertrag festgelegt.[18])

Es wird in dieser Arbeit der Versuch gemacht, zur Lehre Nipperdeys kritisch Stellung zu nehmen und eine Lösung vorzuschlagen, die im Rahmen der Grundprinzipien des Arbeitsordnungsgesetzes dem Gefolgsmann die Wahrnehmung dringendster Interessen zubilligt, gleichzeitig aber der Rechtsetzungsbefugnis des Betriebsführers die Freiheit läßt, deren dieser zur Regelung der Gemeinschaftsaufgaben bedarf, und die er nach dem Willen des Gesetzes haben sollte.

---

[17]) So Rust, NS.-Soz.Pol. 1938/297; Kühn: Der Führergedanke, S. 32; Albrecht: Jahrbuch f. Nat.Ök. und Statistik 140/326 ff.

[18]) Vgl. hierzu auch den Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis 1938, insbes. § 4 Abs. 2 Satz 2 und Begründung S. 48.

Das Führerprinzip steht im AOG. unverrückbar fest. Die notwendige leitende und frei entscheidende Führungsmacht darf dabei nicht in Frage gestellt werden. Sie ist erforderlich, um die Vielzahl der Arbeitskräfte in dem vielfach komplizierten Produktionprozeß richtig einzusetzen. Nur eine starke Führung, die in gewissem Maße über die Arbeitskräfte, die Arbeitsstätte und den Arbeitsvorgang zu verfügen vermag, wird den Betrieb zur höchsten Leistungsfähigkeit führen zum Nutzen aller Betriebsangehörigen.

Neben dem Führungsgrundsatz aber steht der Fürsorgegrundsatz. Dem Gefolgsmann auf alle Fälle eine gute, sichere, vor plötzlichen Verschlechterungen geschützte Lebensgrundlage zu schaffen und zu erhalten, und ihm stets als dem sozial Schwächeren seinen besonderen Schutz angedeihen zu lassen, darin sehen die nationalsozialistische Arbeitsauffassung und das Arbeitsordnungsgesetz ihre vornehmste Aufgabe und Verpflichtung. Dies zu verwirklichen, ist auch das Hauptanliegen dieser rechtlichen Untersuchung.

B. Die Behandlung des Problems in der Rechtswissenschaft.

I. Die Vertragstheorien.[1])

Es fragt sich zunächst, ob die bisher aufgestellten Theorien, die eine vertragliche Vereinbarung bzw. eine vertragliche Geltung der Betriebsordnungsvorschriften bejahen, eine befriedigende Antwort auf die Frage dieser Arbeit gegeben haben. Nur soweit sie für die Lösung unseres Problems von Bedeutung sind, sollen sie eine Darstellung und Würdigung erfahren.

1. Die Nachwirkungslehre des alten Arbeitsrechts.

Von größter Wichtigkeit für alle diese Theorien ist die Nachwirkungslehre des alten Arbeitsrechts.[2])

---

[1]) Dersch: Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, Anm. 3a zu § 30, Anm. 11 zu § 32; ders.: Die Rechtsnatur der Tarifordnung und Betriebsordnung und ihre praktischen Auswirkungen, DAR. 1934, S. 65; Potthoff: Gehen Tarifnormen noch in die Arbeitsverträge ein? Soz. Praxis 1934, S. 1457 ff.; Westermann: Der Rechtszustand bei Wegfall der Betriebsordnung oder Tarifordnung. Soz. Praxis 1935/Sp. 261 ff.; ders.: Rückwirkung und Nachwirkung von Betriebsordnung und Tarifordnung, NS.-Soz.Pol. 1934, S. 35; Molitor: Tarifrecht und Treuhänder der Arbeit, DAR. 1934, S. 1 ff.; Nehm: Betriebsordnung und Tarifordnung als Inhalt des diktierten Arbeitsvertrages, Diss. 1935.

[2]) RAG. in Arb.R.Slg. 14, S. 460, 15, S. 641, RGZ. 114, S. 195; Jacobi: Grundlehren des Arbeitsrechts, S. 239 f.; Kaskel: Hauptfragen, S. 103 ff.; Lutz Richter: Grundverhältnisse, S. 103; Potthoff: Arbr.

Ihr Problem war die Rechtslage der Arbeitsverhältnisse nach Wegfall des Tarifvertrages bzw. der Betriebsvereinbarung (Arbeitsordnung). Damit die Arbeitsverhältnisse durch den Wegfall nicht plötzlich inhaltslos würden, behauptete sie eine materielle Weitergeltung der Bestimmungen des Tarifvertrages (Arbeitsordnung) in den einzelnen Arbeitsverträgen. Voraussetzung dafür war, daß die Bestimmungen des Tarifvertrages (Arbeitsordnung) zugleich vertraglich vereinbarter Inhalt aller Einzelarbeitsverträge waren. Die Lösung entnahm man dem § 1 TVO., in dem es hieß, daß Arbeitsverträge insoweit unwirksam sind, als sie von der tariflichen Regelung abweichen, und daß an die Stelle der unwirksamen Vereinbarung die entsprechenden Bestimmungen des Tarifvertrages treten. Diese Vorschrift wurde allgemein dahin ausgelegt, daß nach dem Willen des Gesetzgebers die normativen Bestimmungen des Tarifvertrages so zu behandeln seien, als wären sie vereinbarter Inhalt eines jeden Arbeitsvertrages. Denn, so schloß man, wenn die Vorschriften an die Stelle der Vereinbarungen treten sollten, mußten sie notwendig mit allen vertraglichen Folgerungen ihre Stelle im Arbeitsvertrag einnehmen.[3]) Mithin bestand nach Ansicht der Nachwirkungslehre die unmittelbare Wirkung der Inhaltsnormen des Tarifvertrages (Arbeitsordnung) darin, daß diese Bestimmungen auf jeden Fall, auch gegen den Willen der Arbeitsvertragsparteien, automatisch Inhalt der Einzelarbeitsverträge wurden. So ist die Nachwirkungslehre des alten Arbeitsrechts der Auffassung, daß die normative Wirkung nur über eine vertragliche Geltung möglich ist und daß letztere durch das automatische „Eingehen" der normativen Bestimmungen in die Arbeitsverträge infolge der Unmittelbarkeitswirkung herbeigeführt wird.

2. Die Vereinbarungstheorien des neuen Arbeitsrechts.

Das ist wesentlich zum Verständnis und zur Beurteilung der Theorien, die heute die vertragliche Vereinbarung der Betriebsordnungsvorschriften bejahen. Sie alle sind mehr oder weniger von der Nachwirkungslehre des Tarifvertragsrechts abhängig; sei es in der Problemstellung, sei es in der Begründung oder in den Ergebnissen, und sie werden deshalb mit Recht oder Unrecht gleich-

1925, S. 703, 1926, S. 317; Herschel: NZfAR. 1924, S. 339; dagegen Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechtes II, S. 243—247; Lehmann: Tarifvertrag und Nachwirkung, ausführl. Literaturnachweis, S. 8—10.

[3]) Jacobi: Grundlehren, S. 221 f. bezügl. des Tarifvertrags. Für die Arbeitsordnung vertritt Jacobi die Erlaßtheorie und lehnt mit Hueck-Nipperdey eine Nachwirkung ab, S. 239.

falls unter dem Sammelbegriff „Nachwirkungslehre" zusammengefaßt.[4])

a) Nach Dersch[5]) sind die Bestimmungen der Betriebsordnung immer zugleich auch vereinbarter Inhalt aller Einzelverträge. Denn indem das Gesetz die Betriebsordnungsvorschriften für rechtsverbindlich erklärt hat, ist jeder Zweifel ausgeschlossen, daß sie automatisch den Inhalt jedes Einzelarbeitsvertrages gestalten, auch wenn der einzelne Betriebsangehörige sie nicht gekannt hat. Auch wenn das Gesetz nicht mehr in seiner Fassung unmittelbar andeutet (wie § 1 TVO.), daß die Betriebsordnung in die Einzelarbeitsverträge eingeht, so folgt es doch notwendig aus der „automatischen Normenwirkung".[6]) Sie bleiben deshalb auch nach Aufhebung der Betriebsordnung in den einzelnen Verträgen wirksam und können aus ihnen nur durch vertragsmäßige Abänderung oder durch Kündigung verbunden mit Neuabschluß beseitigt werden.[7])

Etwas anderes aber soll es sein, wenn die bisherige Betriebsordnung durch eine andere so abgelöst wird, daß die neue Betriebsordnung unmittelbar auf die alte folgt. Dann werden die bisherigen Arbeitsbedingungen alsbald durch die neuen Betriebsordnungsbestimmungen ersetzt. Die laufenden Einzelarbeitsverträge werden dann automatisch entsprechend der neuen Betriebsordnung geändert, ganz gleich ob sie günstigere oder ungünstigere Bestimmungen als die bisherige enthält.

b) Potthoff[8]) geht davon aus, daß die Betriebsordnungsbestimmugen zwingende gesetzliche Normen sind und deshalb ein automatisches Eingehen in die Arbeitsverträge nicht stattfindet. Denn als solche gestalten sie nach üblicher Ansicht nicht positiv die Arbeitsverhältnisse, sondern vernichten nur entgegenstehende ungünstigere, vertraglich vereinbarte Arbeitsbedingungen. Hieraus folgert Potthoff weiter, daß die Arbeitsverhältnisse stets durch Arbeitsverträge gestaltet werden müssen, daß aber auch die Betriebsordnungs-

---

[4]) Da hier nur die Frage der Vereinbarungsmöglichkeit von BO.-Vorschriften interessiert, scheiden aus der Erörterung alle Abarten der Nachwirkungslehre aus, die nicht auf einer vertraglichen Vereinbarung beruhen. Das gilt vor allem von Hueck: Deutsches Arbeitsrecht, 1938, § 37 I 1 b, und Lutz Richter: JW. 1934, S. 1017, die eine Nachwirkung aus analoger Anwendung der Art. 170, 171 bzw. unmittelbar aus dem Wesen des Rechtssatzes begründen.

[5]) Dersch: Komm. Anm. 3 a zu § 30, Anm. 11 zu § 32.

[6]) So Dersch: Komm. Anm. 11 zu § 32, S. 218.

[7]) Dersch: Komm. Anm. 3 a zu § 30, S. 190 f., Anm. 11 zu § 32, S. 218.

[8]) Potthoff: Soz. Praxis 1934, Sp. 1457—1460.

vorschriften regelmäßig als vereinbarter Inhalt der Einzelarbeitsverträge gelten können. Wollte man das nicht annehmen, dann ständen die Gefolgschaftsangehörigen in all den Fällen, in denen eine vertragliche Vereinbarung unterblieben ist, in denen Abreden wegen Verstoßes gegen die Mindestbedingungen der Betriebsordnung nichtig sind oder in denen eine Betriebsordnung ersatzlos wegfällt, vor einem Nichts. Da dies den praktischen Bedürfnissen der Vertragspartner nicht entsprechen würde, wird es in aller Regel ihr Wille sein, daß die Betriebsordnungsvorschriften nicht nur an die Stelle der unwirksamen Vertragsabreden treten, sondern auch in allen Fällen gelten sollen, in denen es an einer ausdrücklichen Vereinbarung fehlt. Das hat zur Folge, daß das Arbeitsverhältnis nach Aufhören der Normenwirkung zunächst keine Änderung erfährt. Die Vorschriften der Betriebsordnung bleiben als Vertragsbestimmungen solange wirksam, bis sie durch eine neue vertragliche Vereinbarung geändert oder beseitigt werden. Wird aber die bisherige Betriebsordnung durch eine neue unmittelbar abgelöst, dann treten die Arbeitsbedingungen der neuen Betriebsordnung ohne weiteres an die Stelle der bisherigen, mögen sie auch ungünstiger sein.

c) Westermann[9]) geht von der Nachwirkung der alten Tarifverträge im Einzelarbeitsvertrag aus und bestreitet, daß die Bestimmungen der Betriebsordnung — im Gegensatz zu den früheren Tarifvertragsbestimmungen — die Arbeitsverhältnisse unmittelbar gestalten.[10]) Denn, so führt er aus, die Betriebsordnung enthält nur richtungsweisende Rechtssätze, d. h. sie weist den Angehörigen der Betriebsgemeinschaft die rechtliche Grenze, die sie bei Gestaltung ihres Arbeitsvertrages einhalten müssen. Ausgestaltet wird das Arbeitsverhältnis nur durch den Arbeitsvertrag. Die Bestimmungen der Betriebsordnung vermögen auf das Arbeitsverhältnis nur zu wirken, weil und soweit sie Vertragsinhalt sind, oder soweit der Arbeitsvertrag ungünstigere Abmachungen enthält. Nur im letzten Falle, also bei Verstoß gegen die Betriebsordnung werden ihre Bestimmungen unmittelbar aktiv und gestalten unmittelbar das Arbeitsverhältnis. Nach § 30 AOG. enthält die Betriebsordnung lediglich Richtlinien, die bei Abschluß eines Arbeitsvertrages nicht unterschritten werden dürfen (deshalb Mindestbedingungen). Bei Wegfall oder Änderung der

---

[9]) Westermann: Der Rechtszustand bei Wegfall der Betriebsordnung oder Tarifordnung, Soz. Praxis 1935, Sp. 261 ff.; Rückwirkung und Nachwirkung von Betriebsordnung und Tarifordnung, NS.-Soz.Pol. 1934, S. 239 ff.

[10]) Westermann: Soz. Praxis 1935, Sp. 261, 262.

Betriebsordnung behalten die Arbeitsverhältnisse ihren bisherigen Inhalt, bis sie durch eine vertragliche Regelung abgeändert werden.[11])

d) Nehm[12]) schließlich kommt trotz Beurteilung der Betriebsordnung nach Rechtsnatur und Wirkung im Sinne der herrschenden Lehre durch Auslegung des Willens der Vertragspartner zum Ergebnis, daß die Betriebsordnungsvorschriften regelmäßig vereinbart sind. Nach ihm hindert die Geltungskraft der Betriebsordnung unmittelbar aus sich selbst nicht, ihre Bestimmungen dennoch als vereinbarten Vertragsinhalt anzusehen. Der Vertrag erhält zwar seine Gestaltung nur durch den übereinstimmenden und sich einigenden Willen der beiden Beteiligten des Arbeitsvertrages. Beide aber sind regelmäßig willens, die in der Betriebsordnung festgelegten Arbeitsbedingungen in den Arbeitsvertrag aufzunehmen.[13]) Zwingendes Gesetzesrecht kann vereinbart werden. Von einem irgendwie gearteten „Eingehen" der Betriebsordnungsnormen ist nicht die Rede. Vielmehr gelten die Betriebsordnungsvorschriften nunmehr als gesetzliche Normen und zugleich als vertragliche Abreden. Durch Aufhebung der Betriebsordnung fällt die gesetzliche Rechtsgrundlage der Arbeitsbedingungen fort. Es bleibt jedoch die von der normativen Geltung völlig unabhängige vertragliche Rechtsgrundlage. Wird eine neue Betriebsordnung erlassen, so werden die ungünstigeren Arbeitsbedingungen des Arbeitsvertrages vernichtet. Die günstigeren und gleichgünstigen aber bleiben bestehen. Die ungünstigeren Arbeitsbedingungen der neuen Betriebsordnung kann der Arbeitgeber erst auf das Arbeitsverhältnis anwenden, nachdem er unter Einhaltung der ordentlichen Frist die bisherigen vertraglichen Arbeitsbedingungen beseitigt hat. Dem Arbeitgeber ist keine Rechtsmacht gegeben, einseitig den Vertragsinhalt zuungunsten des Gefolgsmannes abzuändern.[14])

3. Ablehnung der Vertragstheorien des neuen Arbeitsrechts.

a) Allgemeine Stellungnahme.

1. Diese Auswahl aus der Zahl der Vertragstheorien genügt, um ihre drei wesentlichen Merkmale herauszustellen: 1. In ihrer Mehrzahl weichen sie von der herrschenden Auffassung

---

[11]) Westermann: a. a. O., Sp. 264.

[12]) Nehm: Betriebsordnung und Tarifordnung als Inhalt des diktierten Arbeitsvertrages.

[13]) Nehm: a. a. O., S. 23.

[14]) Nehm: a. a. O., S. 25, 26.

über Rechtsnatur und Wirkung der Betriebsordnungsbestimmungen ab. 2. Die meisten[15]) nehmen eine vertragliche Weitergeltung der Betriebsordnungsvorschriften nur bei ersatzlosem Wegfall der Betriebsordnung an. 3. Soweit sie eine vertragliche Vereinbarung oder Geltung bejahen, betrifft sie stets alle Arbeitsbedingungen ohne Ausnahme.

Es ist offensichtlich, daß die Vertragstheorien von einer völlig anderen Problemstellung ausgehen als diese rechtliche Untersuchung. Wir fragen uns, inwieweit nach dem AOG. zum Schutze der Gefolgschaftsmitglieder gegen die einseitige Rechtssetzungsmacht des Führers des Betriebes eine vertragliche Vereinbarung von Arbeitsbedingungen, die der Führer des Betriebes in der Betriebsordnung festgesetzt hat, anzuerkennen ist. Das Problem der genannten Vertragstheorien ist der Rechtszustand nach Wegfall der Betriebsordnung oder Tarifordnung, ihr Anliegen, den Arbeitsverhältnissen für die betriebsordnungslose Zeit einen Inhalt zu geben.

Auf die Notwendigkeit einer Bindung des Führers des Betriebs an Fristen bei Veränderungen und Verschlechterungen lebenswichtiger Arbeitsbedingungen weisen sie mit Ausnahme Nehms nur beiläufig hin. Ihre Lösungen sind für das hier aufgeworfene Problem entweder unzureichend oder gehen über das notwendige Maß weit hinaus.

b) Die sog. beschränkten Vereinbarungstheorien (Beisp. Dersch, Potthoff).

2. Unzureichend sind alle Theorien der sogenannten beschränkten Nachwirkung, bei denen eine vertragliche Weitergeltung der bisherigen Betriebsordnungsvorschriften lediglich bei ersatzlosem Fortfall der Betriebsordnung praktisch wird.[16]) Da der Führer des Betriebes gemäß § 26 AOG. zum Erlaß einer Betriebsordnung verpflichtet ist, handelt es sich im wesentlichen nur um die Fälle, in denen der Führer des Betriebs den Erlaß einer neuen Betriebsordnung pflichtwidrig hinauszögert oder ganz unterläßt, in denen Fakultativbestimmungen ersatzlos wegfallen, und schließlich um Betriebe, in denen die Zahl der Beschäftigten unter 20 sinkt. Hier aber interessieren nicht so sehr die wenigen Ausnahmen, in denen eine Regelung unterbleibt, sondern gerade der Regel-

---

[15]) Vgl. auch die sonstigen Vertreter der sog. Nachwirkungslehre: Hueck: Lehrbuch, § 37 I 1 b, S. 160; Lutz Richter: JW. 1934, S. 1017; Molitor: DAR. 1934, S. 1 ff.; Krönik: DAR. 1934, S. 270 f.

[16]) Das trifft vor allem für die oben kurz wiedergegebenen Theorien Dersch's und Potthoff's zu.

fall, daß eine Neuordnung erfolgt. Dann besteht die Gefahr einer Verschlechterung der Arbeitsbedingungen, und gerade dann soll die vertragliche Vereinbarung eine Schranke gegen die verschlechternde Maßnahme des Betriebsführers sein. Mithin fallen die Vertragstheorien Derschs und Potthoffs für das Problem der Sicherung des Gefolgsmannes aus.[17])

Abgesehen hiervon sind die sog. beschränkten Vertrags- oder Vereinbarungstheorien in sich nicht folgerichtig.[18]) Einerseits sollen die Betriebsordnungsnormen Inhalt der Einzelarbeitsverträge sein, anderseits aber die neuen Betriebsordnungsvorschriften mit dem Augenblick ihres Erlasses gegenüber dem vertraglichen Inhalt der laufenden Arbeitsverhältnisse sich durchsetzen können. Das ist dogmatisch nicht haltbar. Denn sind die Arbeitsbedingungen der Betriebsordnung zugleich Bestandteil der Einzelarbeitsvorträge, dann gehen sie auf Grund ihrer spezielleren vertraglichen Geltungsgrundlage den Bestimmungen der neuen Betriebsordnung vor und müssen sich ihnen gegenüber durchsetzen, soweit die neuen Betriebsordnungsbestimmungen nicht günstiger sind.

c) Verkennung der Betriebsordnungsvorschriften als zwingend ergänzende Normen objektiven Rechte (Beisp. Westermann).

3. Diese Angriffe treffen nicht die Theorien Westermanns und Nehms.[19]) Nach ihnen weichen die regelmäßig zum vereinbarten Inhalt der Arbeitsverträge erhobenen Bedingungen der Betriebsordnung nur günstigeren Bestimmungen der neuen Betriebsordnung. Alle anderen Arbeitsbedingungen können durch die neue Betriebsordnung nur nach Kündigung des bisherigen Vertragsinhaltes oder der einzelnen abzuändernden Arbeitsbedingungen, unter Wahrung der ordentlichen Frist und ausdrücklicher oder schlüssiger Neubegründung des Vertragsinhalts, gemäß den Vorschriften der neuen Betriebsordnung ersetzt werden.[20]) Diese Lösung gibt den Gefolgschaftsangehörigen zweifellos den größtmöglichen Schutz vor der einseitigen Rechtssetzungsbefugnis des Betriebsführers.

---

[17]) Ihre Unvereinbarkeit mit dem Recht des Arbeitsordnungsgesetzes wird sich bei der Stellungnahme zu den Theorien Westermann's und Nehm's erweisen.

[18]) Mit Recht wird ihnen das von den Gegnern der Nachwirkungslehre vorgeworfen, insbesondere Nipperdey in Festschrift für Lehmann, S. 260 f.

[19]) Sog. unbeschränkte Vereinbarungstheorie.

[20]) Nehm: a. a. O., S. 26.

Die Theorie Westermanns ist jedoch schon in ihrer Ausgangsstellung verfehlt. Indem sie den Bestimmungen der Betriebsordnung nur die Bedeutung richtungweisender Normen zuerkennt, wird sie dem Willen des Gesetzgebers nicht gerecht, nach dem die Betriebsordnung die unmittelbar gestaltende Ordnerin der betrieblichen Verhältnisse, das Gesetz der Betriebsgemeinschaft, sein soll. Sie sind deshalb als zwingend ergänzende Rechtsnormen anzusprechen. Das folgt auch aus der Stellung, Bedeutung und Aufgabe, die die Betriebsgemeinschaft in der Ordnung der nationalen Arbeit hat.

Die Betriebsgemeinschaft[21]) ist rein tatsächlich die entscheidende Zelle des ganzen deutschen Wirtschaftslebens, rechtlich „ein Fundament der nationalsozialistischen Arbeitsverfassung"[22]) und als solches ein öffentlich-rechtlicher Verband. In dem Betriebe arbeiten der Unternehmer als Führer des Betriebs und die Arbeiter und Angestellten als Gefolgschaft. Damit bilden die in einem Betriebe gemeinsam Arbeitenden nicht nur eine rein tatsächlich erlebte und gelebte Gemeinschaft, sondern auch eine rechtliche Einheit nach der Grundordnung eines Führer-Gefolgschaftsverhältnisses.[23]) Der Führer des Betriebs ist ihr Organ. Ihm ist die Ordnung ihrer rechtlichen Verhältnisse übertragen. Mag sie auch nach außen im Rechtsleben nicht als selbständiges Rechtssubjekt auftreten, mag sie auch keine juristische Person sein, die als solche Rechte und Pflichten haben kann, um so größer ist ihre Bedeutung und Wirksamkeit im innerbetrieblichen Raum. Wegen der staatlichen Rechtssetzungsdelegation an den Führer des Betriebes ist sie aber auch mehr als nur eine Gemeinschaft oder Gesellschaft im Sinne des bürgerlichen Rechts.[24]) Die ihr vom Staate verliehene Rechtssetzungsbefugnis macht sie zu einem öffentlich-rechtlichen autonomen Verband. Am nächsten kommt sie der alten deutsch-rechtlichen Genossenschaft, für die die Verbundenheit zur gemeinsamen Arbeit, das Führer-Gefolgschaftsverhältnis, gleichfalls wesentlich waren.[25])

Als Gemeinschaft bedarf sie einer eigenen Ordnung. Diese kann nicht durch eine Summe mehr oder weniger zusammen-

---

[21]) Huber: Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis, JW. 1937, S. 1111; Mansfeld: Der Führer des Betriebes, JW. 1934, S. 1004 f.; Thieme: Führerprinzip in der Arbeitsverfassung, DR. 1935, S. 214 ff.; Dersch: DAR. 1934, S. 65 ff.; Preller: Soz. Praxis 1936, Sp. 9; Kühn: Der Führergedanke, 1935.

[22]) Nipperdey in HND, Komm. Anm. 38 zu § 26; Dietz in HND Komm. Anm. 3 zu § 1.

[23]) Wohl anderer Auffassung Mansfeld-Pohl, Anm. § 1.

[24]) Vgl. hierzu Rößler: Der Führer des Betriebs, S. 21.

[25]) Huber: Betriebsordnung und Tarifordnung, JW. 1934, S. 1918 f.

hangloser Einzelregelungen hergestellt werden. Es ist vielmehr eine überindividuelle, dem Gemeinschaftsorganismus eigene und gemäße Ordnung erforderlich.[26]) In der Betriebsordnung hat der Staat sie ihr gegeben. Entsprechend dem Wesen der Gemeinschaft als einer dem Einzelnen übergeordnete Lebensordnung kann diese Selbstgestaltung der Gemeinschaft durch ihr Organ nur normative Gestaltung sein. Denn normative Regelung bedeutet Rechtsetzung, und der Führer des Betriebs setzt für die Gefolgschaft in der Betriebsordnung verbindliches Recht. Seine Anordnungen in der Betriebsordnung sind Rechtsbefehle, und weil sie eine Vielheit von Rechtsverhältnissen, losgelöst vom Einzelfall regeln, sind sie Normen des objektiven Rechts.[27]) Ihre Wirkung kann nach all dem sinnvoll nur als unmittelbar gestaltende begriffen werden, ähnlich den gestaltenden gesetzlichen Vorschriften.[28])[29])

Die Erfassung der Betriebsordnungsnormen als richtungsweisendes Recht durch Westermann wird der rechtlichen Stellung der Betriebsgemeinschaft und der gestaltenden Entscheidungsmacht des Betriebsführers nicht gerecht. Nach Westermann besagt der § 30 AOG. nur, daß die Betriebsordnung die Vertragsfreiheit der Betriebsangehörigen hinsichtlich der Gestaltung ihrer Arbeitsbedingungen nach unten begrenzt. Doch die Vorschrift bestimmt nicht nur, daß die Betriebsordnung Mindestbedingungen enthält, sie verordnet außerdem die Rechtsverbindlichkeit ihrer Arbeitsbedingungen. Die Betriebsordnungsvorschriften sollen also das für die Arbeitsverhältnisse verbindliche Recht sein und nicht nur, wie Westermann

---

[26]) Herschel: Arbr. u. Volkstum 1934, S. 58.

[27]) Anderer Auffassung Krusch, der die herrschende Meinung hinsichtlich der Normeigenschaft ablehnt (Krusch: Arbeitsrecht, S. 36). Nach ihm sind Betriebsordnung und Tarifordnung „bloße Verwaltungsakte", so wie sonstige Verwaltungsakte ohne Rechtsverordnungscharakter (a. a. O., S. 37).

[28]) In der Regel als zwingend-ergänzende Rechtsnormen im Sinne Zitelmanns bezeichnet (Zitelmann: Internationales Privatrecht; desgl. Endemann: Lehrbuch Bd. I, S. 40 ff., 9. Aufl.). Insbesondere verweist auch Nipperdey auf die Begriffsbestimmung Zitelmanns (HND., Anm. 17, § 30), meint aber im Gegensatz zu diesem und der allgemein herrschenden Meinung, daß entgegenstehende Minderbedingungen nicht vernichtet, sondern nur verdrängt werden und nach Wegfall der Betriebsordnung wieder Geltung erlangen könnten (HND., Anm. 18 a zu § 30). Hierzu zwangen ihn offensichtlich die mißlichen Folgen seiner Lehre bei ersatzlosem Wegfall der Betriebsordnung oder einzelner Bestimmungen.

[29]) Hieraus wird die Unhaltbarkeit der Auffassung derjenigen Vertreter der Vereinbarungstheorien offensichtlich, die wie im alten Arbeitsrecht eine Wirksamkeit der betrieblichen Rechtsnormen nur über eine einzelvertragliche Geltung für möglich halten; insbes. Dersch: oben S. 20.

meint, aktiv werden, wenn die Betriebsangehörigen in ihren einzelvertraglichen Abmachungen gegen ihre Mindestvorschriften verstoßen. Denn dann hätte die Betriebsordnung primär nur eine rechtsvernichtende Aufgabe mit der geringen positiven Folge, daß sie in die dadurch entstandenen Lücken tritt, wenn die Arbeitsvertragspartner keine Neuregelung treffen. Es kann aber kein Zweifel daran bestehen, daß die Betriebsordnung als das Gesetz der Betriebsgemeinschaft, die ein „Fundament und Mittelpunkt" der nationalsozialistischen Arbeitsordnung ist, nicht nur die Rolle einer Lückenbüßerin haben soll.

Von dieser verfehlten Grundeinstellung aus ist es natürlich, wenn Westermann nur die vertragliche Vereinbarung als ordentliches Gestaltungsmittel für die Einzelarbeitsverhältnisse anerkennt und eine Geltung der Bestimmungen der Betriebsordnung — abgesehen von dem Fall der ungünstigeren vertraglichen Arbeitsbedingungen — nur insoweit, als sie vertraglich vereinbart sind. Es gilt hier das bereits oben Angedeutete. Es widerspricht der gemeinschaftsbestimmten Ordnung und dem Gemeinschaftsdenken im neuen Arbeitsrecht, daß die nebeneinander laufenden Einzelabreden der Gemeinschaft des Betriebes ihr rechtliches Lebensgesetz vorschreiben, anstatt daß diese, die den Einzelnen übergeordnet ist, ihnen ihr Gesetz gibt.

d) Unvereinbarkeit mit dem Führerprinzip.

4. Nehm teilt hinsichtlich der Rechtsnatur und Wirkung der Betriebsordnung die hier vertretene herrschende Auffassung. Dennoch kommt er durch Auslegung des Willens der Vertragspartner zu dem Ergebnis, daß alle Inhaltsnormen der Betriebsordnung stets zugleich vertraglich vereinbart sind, also auch die Gemeinschaftsbestimmungen, Organisationsregeln und die Ordnungsvorschriften. Bei Abänderung auch dieser Arbeitsbedingungen soll der Führer des Betriebs an eine fristgemäße Aufkündigung des Vertrages oder der betreffenden Bedingungen gebunden sein. Wobei der beabsichtigte Erfolg noch von dem Willen des Gefolgsmannes abhängig wäre, da es ihm frei steht, die neuen Bedingungen anzunehmen oder sich ihnen zu entziehen. Das ist mit dem Führerprinzip des Arbeitsordnungsgesetzes unvereinbar.

Der Führergrundsatz besagt, daß einer führt, und die anderen folgen, daß einer entscheidet, und die anderen gehorchen. Die Entschließung des Betriebsführers ist deshalb für die Gefolgschaft verbindliche Entscheidung, der sie verpflichtet sind, Folge zu leisten.[30]) Das bedeutet rechtlich, daß die Ent-

[30]) So Kühn: Der Führergedanke, S. 27; Felix Rößler: Der Führer des Betriebes, S. 51.

schließung des Betriebsführers der Gefolgschaft maßgeblich und bindend ihre Rechte und Pflichten festsetzt, daß seine Entscheidungsmacht eine Rechtsetzungsmacht ist. Am eindrucksvollsten kommt diese Entscheidungsmacht in der BO. zur Geltung. Daß sie selbständig, unabhängig und rechterzeugend sein kann, ist ein Kernstück der Neuregelung der nationalen Arbeit.[31]) Das Gesetz hat den Unternehmer als Führer des Betriebs bewußt von den Hemmungen des Vertragsrechts befreit.[32]) Bei seiner Aufgabe, für das Wohl der so wichtigen Gemeinschaft des Betriebs zu sorgen, diese und den Betrieb zum Nutzen von Volk und Staat einzusetzen und zu führen, sollte er in seiner Entschließung nicht abhängig sein von der Billigung eines jeden Gefolgsmannes. Unabhängig von Zustimmung, ja sogar Kenntnis der Gefolgschaftsangehörigen sollte seine Entschließung augenblicklich für sie Rechte und Pflichten erzeugen.[33]) Sie wäre illusorisch, könnte der Gefolgsmann sich letzteren entziehen. Wie der Gesetzgeber im Staate die allgemeinen Lebensverhältnisse, so sollte der Führer des Betriebs im Betriebe die Arbeitsverhältnisse gestalten können.[34]) Diese Macht sollte er prinzipiell haben, und zwar sollte er sie als Unternehmer haben, der zugleich seine eigenen Interessen wahrnimmt, der als Partner des Einzelarbeitsvertrages auf seinen Nutzen bedacht ist und auch bedacht sein darf. Es ist verfehlt, in der gleichzeitigen Parteieigenschaft des Führers des Betriebs als Unternehmer ein Hindernis für die einseitige verbindliche Entscheidungsmacht zu erblicken,[35]) wenn auch der Hinweis auf die gleichzeitige Parteistellung zweifellos für die Frage des Schutzes der Gefolgschaft vor Mißbräuchen der einseitigen Entscheidungsmacht nicht ohne Bedeutung und deshalb zu berücksichtigen ist.

Mit dieser scharfen Betonung des Führergrundsatzes soll nicht einer Herrschaft, einer Befehlsgewalt des Betriebsführers über die Betriebsgemeinschaft das Wort geredet werden.[36]) Der bedeutenden Macht, die die Arbeitsverfassung dem Betriebsführer gegenüber den Gefolgschaftsangehörigen einräumt, stellt sie mit mindestens dem gleichen Nachdruck den Grundsatz der Fürsorge zur Seite, die ihm größte Pflichtgebundenheit und

---

[31]) Kühn: a. a. O., S. 25.

[32]) Deshalb ist der Vertrauensrat nur ein beratendes Organ.

[33]) Dersch: DAR. 1934, S. 70, Komm. Anm. 4 e zu § 1; Mansfeld-Pohl: Komm., S. 74; Huber: JW. 1934, S. 1019.

[34]) Nikisch: AOG., S. 47; Hueck-Nipperdey-Dietz: § 30, Anm. 16 f.

[35]) Potthoff: Soz. Praxis 1934, Sp. 1457 f.; Dersch: Komm. Anm. 2 d § 31 und Anm. 11 zu § 32; Rust: NS.-Soz.Pol. 1938, S. 297; Nehm: a. a. O., S. 20.

[36]) Dersch: Komm. Anm. 4 e zu § 1; Huber: JW. 1937, S. 1111 ff.

Verantwortlichkeit gegenüber der Betriebsgemeinschaft auferlegt.[37])

Der Betriebsführer ist Treuhänder und Sachwalter der Betriebsgemeinschaft. Ihr Wohl und ihre Bedürfnisse sind die Richtschnur und die Grenzen seiner Entscheidungen.[38]) Er soll die Führung stets im Blick auf die Gefolgschaftsangehörigen wahrnehmen. Nicht nur die primitivsten Lebensnotwendigkeiten, sondern auch schon schutzwürdige Interessen der Gefolgschaftsmitglieder setzen seiner Entscheidungsmacht eine Grenze. So ist es durchaus möglich, daß der Führer des Betriebs in Anbetracht eines dringenden Interesses der Gefolgschaft hinsichtlich bestimmter Maßnahmen und Entscheidungen, eine vertragliche Gebundenheit gelten lassen muß. Insbesondere wird er infolge dieser Verpflichtung gegenüber der Betriebsgemeinschaft an bestehenden, für die Gefolgschaft wichtigen Arbeitsbedingungen festhalten müssen.

Was die Theorie Nehms und aller Vertreter der Vereinbarungskonstruktion mit dem AOG. in Widerspruch bringt, ist, daß sie den Führer des Betriebs für vertraglich gebunden an a l l e in der Betriebsordnung getroffenen Entscheidungen halten wollen. Auch an Vorschriften, die nur die Organisation, die Leitung des Betriebes, die Disziplin und Ordnung und die Gemeinschaft als solche betreffen, soll der Führer des Betriebs gebunden sein. Dadurch wird das Führerprinzip aber tatsächlich aufgehoben, denn die letzte Entscheidung liegt bei dem Gefolgsmann.

II. Die Lehre Nipperdeys und seiner Anhänger.

1. a) Die Lehre.

In Abwehr dieser mit Recht abzulehnenden Vertragstheorien schlägt die von Nipperdey begründete[39]) und nur zum Teil zutreffend als herrschend[40]) bezeichnete Lehre ins Gegenteil um

---

[37]) RAG.-Entscheidung, abgedr. in DAR. 1936, S. 129; Kühn: Der Führergedanke, S. 30, 32; Mansfeld-Pohl: Komm., S. 107 ff.; Dersch: Komm. Anm. 2, 3 zu § 2; Hueck-Nipperdey-Dietz: Anm. Vorbemerkung vor § 26.

[38]) R. Schmidt: Die Betriebsgemeinschaft, S. 29 ff.; Dietz: DAR. 1934, S. 101.

[39]) Hueck-Nipperdey-Dietz: Komm. Anm. 16, 17, 18, insbesondere 18 c und 18 d (2. Aufl.; Festschrift für Lehmann, S. 257—269, Bem. zu RAG. in Arbr. Sammlg. Bd. 29, S. 3; Bd. 31, S. 176.

[40]) So Rust: NS.-Soz.Pol. 1938, S. 295, 296, der als Vertreter dieser Lehre auch das Reichsarbeitsgericht auf Grund seiner Entscheidungen in Arbr.Sammlg. Bd. 29, S. 3 ff. und Arbr.Sammlg. Bd. 31, S. 73 ff. bezeichnet; desgl. Heim: Nachwirkg. der Tarif- u. Betriebsordnung, S. 21.

und lehnt eine vertragliche Vereinbarung von Betriebsordnungsvorschriften fast vollkommen ab.[41]) Danach ist eine stillschweigende Vereinbarung solcher Arbeitsbedingungen „keinesfalls" anzunehmen. Nach Probst[42]) ist eine „arbeitsvertragliche Vereinbarung ... stillschweigend überhaupt nicht möglich". Denn, so fährt er fort, „die Normen der Betriebsordnung und Tarifordnung wirken unmittelbar auf das Arbeitsverhältnis ein. Der Wille der Parteien ist völlig unbeachtlich". Aber auch eine ausdrückliche Abmachung im Arbeitsvertrag, die mit den Bestimmungen in der Betriebsordnung übereinstimmt, sei, da zumindest überflüssig, „normalerweise" nur eine deklatorische Bestätigung der sich allein aus der Anwendung der Betriebsordnung ergebenden Rechtsfolgen.[43]) Auch wenn Vorschriften der Betriebsordnung in den Arbeitsvertrag aufgenommen werden, so sei das bedeutungslos. Sogar der Einzelarbeitsvertrag, der alle oder einige Bestimmungen der Betriebsordnung aufzählt (vielleicht sogar schriftlich), weise den Arbeiter, der ihn abschließt, nur noch einmal genau auf die bestehende Ordnung hin.[44]) Eine andere Auffassung sei unvereinbar mit dem Wesen der Bestimmungen der Betriebsordnung als objektive Rechtsnormen und widerspräche dem das Recht der Betriebs- und Tarifordnung beherrschenden Ordnungs- und Leistungsprinzip.[45])

---

der als ihre Vertreter Mansfeld-Pohl, Nikisch: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arb., S. 51 u. 57, Norden: Arbeitsrecht und Volkstum 1935, S. 14, Oppermann: JW. 1934, S. 605, Stritzke: JW. 1935, S. 1320 ff. anführt. Tatsächlich jedoch trifft es nicht zu, daß diese Lehre die allgemein anerkannte ist. Denn die angeführten Rechtswissenschaftler bejahen in der Regel nur die Normenwirkung und lehnen ein automatisches Eingehen der Betriebsordnungsvorschriften in den Einzelarbeitsvertrag ab, ohne damit die weitgehende Ablehnung der vertraglichen Vereinbarung von Betriebsordnungsnormen mitzumachen. Das gilt vor allem für Mansfeld-Pohl, Nikisch und auch das Reichsarbeitsgericht. Eine absolute Ablehnung wird vertreten von Probst (Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht 1937) und Heim (Nachwirkung der Tarif- und Betriebsordnung 1936).

[41]) Hueck-Nipperdey-Dietz: 2. Aufl. Anm. 18 e zu § 30; Festschrift für Lehmann, S. 264; Bemerkungen zu RAG.-Urteil in Arbeitsrechtssammlung Bd. 28, S. 265, 266, Bd. 29 S. 5 f., Bd. 29, S. 384, Bd. 31, S. 176 f., Bemerkg. zum RAG.-Urteil vom 7. 6. 1939, abgedr. in DR. 1939, S. 1767 f.

[42]) Probst: Das Günstigkeitsprinzip im AR., S. 24.

[43]) So Probst: Das Günstigkeitsprinzip, S. 24 u. 25; ähnlich Nipperdey in Festschrift für Lehmann, S. 265 u. Anm. 18 e zu § 30 in Hueck-Nipperdey-Dietz-Heim: a. a. O., S. 24.

[44]) So Probst: a. a. O., S. 26.

[45]) Nipperdey in Festschrift S. 264, Komm. Anm. 18 e § 30; Probst. a. a. O., S. 25.

b) Allgemeine Stellungnahme.

Daß diese Auffassung eine zwangsläufige Folge der Anerkennung der Betriebsordnungsvorschriften als Normen objektiven Rechts ist, kann nicht zugegeben werden. Denn das Wesen der objektiven Norm liegt nur darin, daß sie von sich aus und unmittelbar die ihr unterliegenden Lebensverhältnisse gestaltet. Keineswegs verbindet sich damit das Verbot, sie zum Gegenstande vertraglicher Vereinbarung zu machen. Deshalb ist die normative nach unten hin zwingende Gestaltungskraft der Betriebsordnung kein Hindernis, einzelne oder alle ihre Bestimmungen zum Inhalte des Einzelarbeitsvertrages zu machen, ebensowenig wie sonst Vertragsparteien gehindert sind, Gesetzesvorschriften, seien sie auch zwingend, ausdrücklich zu vereinbaren.[46])[47]) Die vertragliche Vereinbarung bereits normativ geltender Arbeitsbedingungen wird praktisch und wichtig, wenn die Betriebsordnungsvorschriften ihre zwingende, normative Geltung verlieren.

Es wird selbstverständlich zugegeben, daß eine vertragliche Vereinbarung von ohnehin geltenden Rechtssätzen nicht anzunehmen ist, wenn bei keinem der Vertragspartner ein Bedürfnis dafür vorliegt. Nur so sind die von Heim[48]) angeführten Sätze der Motive[49]) zu verstehen, es sei nicht davon auszugehen, daß Vertragsparteien bei Abschluß eines Vertrages den Inhalt von Gesetzesbestimmungen zum Bestandteil ihres Vertrages gemacht haben.

Hinsichtlich einzelner Bestimmungen der Betriebsordnung besteht zweifellos ein dringendes Interesse an ihrer vertraglichen Festlegung. Das wird in der Rechtsliteratur allgemein gesehen und zugegeben. Die Normwirkung der Betriebsordnung in Verbindung mit der Befugnis des Betriebsführers, sie jederzeit einseitig abändern zu können, birgt nun einmal für den Gefolgsmann die Gefahr, auch in seinen Grundarbeitsbedingungen wie Art, Dauer und Entgelt der Arbeit, Kündigungsfristen und Urlaub plötzlich verschlechtert zu werden. Es kann

---

[46]) So ist es nicht zutreffend, wenn Heim eine vertragliche Vereinbarung für unmöglich hält, „da man ohne dieses zwingende Recht den betreffenden Vertrag nicht schließen kann“ (Heim: a. a. O., S. 23). Man kann sehr wohl zwingende Gesetzesbestimmungen zum Vertragsinhalt machen mit der Folge, daß das betreffende Rechtsverhältnis auch auf vertraglicher Grundlage ruht.

[47]) Der Vergleich mit der Möglichkeit, zwingendes Gesetzesrecht vereinbaren zu können, hinkt freilich insofern, als die staatliche Gesetzgebung durch eine vertragliche Vereinbarung nie beschränkt werden kann.

[48]) Heim: a. a. O., S. 20.

[49]) Mugdan: Motive zum EGBGB., S. 79.

ihm da sein Interesse nicht verargt oder abgesprochen werden, den Führer des Betriebes an die für ihn lebenswichtigen Arbeitsbedingungen in der Weise gebunden zu wissen, daß er sie nur unter Einhaltung einer Frist zu seinen Ungunsten abändern kann.

In Anbetracht dessen können die Motive[50]) nicht gegen die Vereinbarung von Betriebsordnungsvorschriften ins Feld geführt werden, und es geht nicht an, die Vereinbarung nicht nur als „überflüssig", ja sogar als „unmöglich" anzusprechen[51]) und die Anwendbarkeit der §§ 133, 157 BGB. auszuschließen.[52]) Bedenklich ist vor allem die rechtliche Beurteilung ausdrücklicher Vereinbarungen der Arbeitsbedingungen, die in der Betriebsordnung enthalten sind. Die These: „Der Einzelarbeitsvertrag, der die Normen der Betriebsordnung oder Tarifordnung noch einmal ganz oder zum Teil aufzählt (womöglich schriftlich), weist den Arbeiter, der ihn abschließt, lediglich genau auf die bestehende Ordnung hin", hat nur noch wenig mit dem Lebenssachverhalt, wie er wirklich ist, zu tun. Das mag für zwingende Gesetzesbestimmungen zutreffen. Es besteht kaum ein Bedürfnis, sie für den Fall ihrer Aufhebung oder Abänderung weiter in Geltung zu erhalten, weil ein Gesetz in der Regel eine lange Geltungsdauer hat und zudem jede vertragliche Abmachung unwirksam machen kann. Ganz anders verhält es sich bei der Betriebsordnung. Sie ist nach Zweck und Aufgabe einem viel schnelleren Wandel unterworfen, und eine im Verhältnis zur neuen Betriebsordnung günstigere Vereinbarung setzt sich durch. Wenn zwei Partner über Betriebsordnungsbestimmungen vertragliche Abreden treffen, dann wollen sie auch diese ihre vertragliche Wirkung herbeiführen. Die Lehre Nipperdeys bedeutet hier praktisch nichts weniger als die Aufhebung allgemeiner, grundlegender Rechtssätze des Bürgerlichen Gesetzbuches über Willenserklärungen und Vertragsschluß.

c) Kernpunkt der Lehre.

Nun hat Nipperdey selbst seine Lehre neuestens[53]) dahin abgeändert, daß eine vertragliche Vereinbarung nicht „in aller Regel", sondern im „Regelfall" abzulehnen sei. Die bisherige

---

[50]) Mugdan: Motive zum EGBGB., S. 79.

[51]) So Probst S. 24 II 1. Aber auch Siebert: Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit, S. 88, und Rohde: ZAkfdR. 1937, S. 205, lehnten grundsätzlich eine vertragliche Vereinbarung ab, freilich unter ganz anderen Gesichtspunkten.

[52]) So aber Heim S. 23 f. mit Anmerkungen.

[53]) Hueck-Nipperdey-Dietz: Komm. Anm. 18 e zu § 30, 3. Auflage; desgl. Bemerkg. z. Urteil des RAG. vom 7. Juni 1939, abgedr. im DR. 1939, S. 1767 f.

Formulierung, daß eine stillschweigende Vereinbarung „keinesfalls" anzunehmen sei, hat er ganz fallen lassen und schließlich eingeräumt, daß eine ausdrückliche Abrede nicht „normalerweise", sondern nur „häufig" deklaratorische Bedeutung habe.

Bei wort- und sinngetreuer Anwendung dieser Grundsätze auf den praktischen Fall würde man zu brauchbaren, den Bedürfnissen des Gefolgsmannes und den Interessen des Betriebsführers gleichermaßen gerecht werdenden Ergebnissen kommen können. Doch fährt Nipperdey anschließend fort: „Nur dann gilt etwas anderes, wenn eine eindeutige Vereinbarung die Bestimmungen einer Tarifordnung (Betriebsordnung) gerade deshalb arbeitsvertraglich für einen Beschäftigten festlegt, um ihm unabhängig von Änderungen der Betriebsordnung einzelvertragliche Geltung zu verschaffen. Dann, aber auch nur dann, gewinnen die Arbeitsbedingungen den Charakter besonderer Leistungsbedingungen im Sinne des § 29 und bleiben als günstigere Abmachungen gegenüber einer ungünstigeren neuen Betriebsordnung stehen.[54]) Damit hält er wie bisher an der entscheidenden Behauptung fest, daß nur Leistungsbedingungen einzelvertraglich vereinbart werden können. Da nun Leistungsbedingungen wegen des Charakters der Betriebsordnungsvorschriften als Mindestbedingungen fast ausnahmslos günstiger als die Bedingungen der Betriebsordnung sind, kann eine vertragliche Vereinbarung von Arbeitsbedingungen der Betriebsordnung nur ganz selten möglich sein.[55]) Dieser „Ausnahmefall" liegt nach Probst[56]) dann vor, wenn die ausdrückliche Aufnahme von Vorschriften der Betriebsordnung in den Arbeitsvertrag zu dem Zwecke erfolgt, etwaigen Verschlechterungen einer kommenden Betriebsordnung auszuweichen, und die Partner willens waren, den Vorschriften unabhängig von Änderungen der Betriebsordnung einzelvertragliche Geltung zu verschaffen. Dabei müssen Unternehmer und Gefolgsmann notwendig mit der Verschlechterung der Betriebsordnung rechnen und darüber einig sein, daß in diesem Falle für den Gefolgsmann deshalb die günstigeren Bedingungen der alten Betriebsordnung weitergelten sollen, weil seine Leistung im Gegensatz zu der aller übrigen Beschäftigten eine Minderung ihrer Anerkennung nicht verdient.

Zutreffend bemerkt Rust[57]) dazu, daß es verfehlt ist, von der Frage auszugehen, ob die Arbeitsvertragspartner die Er-

[54]) Nipperdey in Festschrift für Lehmann, S. 263.
[55]) Nipperdey sagt wörtlich: „Praktisch wird dieser Fall selten vorkommen", in Festschrift S. 257 ff.
[56]) Probst: Günstigkeitsprinzip, S. 26.
[57]) Rust: NS.-Soz.Pol. 1938, S. 298.

hebung von Bestimmungen der Betriebsordnung zum Vertragsinhalt im Bewußtsein ihrer rechtlichen Tragweite gewollt haben. Das würde nämlich voraussetzen, daß dem einfachen Arbeiter der selbst in der Rechtswissenschaft verschieden beantwortete Unterschied zwischen einer Verpflichtung, die nur auf einer Normwirkung, und einer solchen, die gleichzeitig auf einer vertraglichen Abrede beruht, bekannt wäre. Eine Forderung, die nur beweist, daß die arbeitsrechtliche Wissenschaft sich in dieser Frage in Gedankengänge verliert, die der Wirklichkeit des Lebens fremd sind.

Unter dem Eindruck der Stellungnahme Rusts und seiner vom praktischen Arbeitsleben her geführten Begründung erkennt Nipperdey selbst nunmehr auch die Möglichkeit einer stillschweigenden Vereinbarung, desgleichen einer Vertragsergänzung an. Unter fast wörtlicher Wiederholung der Meinung Rusts räumt er nunmehr ein, daß man bei der Ermittlung des Willens der Parteien nicht danach fragen darf, welche von den beiden Möglichkeiten die Parteien gewollt haben, sondern was sie erklärt haben würden, wenn ihnen die verschiedenen Möglichkeiten bekannt gewesen wären. Dennoch macht Nipperdey damit im praktischen Ergebnis nicht den geringsten Abstrich von seiner Lehre. Nach wie vor hält er daran fest, daß die vertragliche Vereinbarung in den betriebsordnungspflichtigen Betrieben nur den Leistungsbedingungen offen steht. Denn, so stellt er abschließend fest: „Der Gefolgsmann muß ein besonderes, gerade bei ihm maßgebendes schutzwürdiges Interesse an der individuellen Vereinbarung nachweisen, d a s d u r c h d a s L e i s t u n g s p r i n z i p g e r e c h t f e r t i g t i s t." „Nur dann kann im Wege der Vertragsergänzung eine entsprechende Abmachung angenommen werden."[58])

2. Begründung der Lehre und ihre Kritik.

Es ist deutlich, daß Nipperdey seine Lehre in Wahrheit nicht auf die Normeigenschaft der Betriebsordnungsvorschriften stützt, sondern allein auf das Ordnungs- und Leistungsprinzip.

a) D a s O r d n u n g s p r i n z i p.

aa) Inhalt und Bedeutung.

Das Ordnungsprinzip besagt, daß eine Rechtsordnung grundsätzlich alle ihr unterliegenden Lebensverhältnisse einheitlich und ausschließlich erfassen und beherrschen will. Für den Fall des Rechtswechsels fordert das Ordnungsprinzip, daß

[58]) HND.: Anm. 18 e zu § 30, 3. Aufl.; Bemerkung zum Urteil des RAG. in DR. 1939, S. 1767 f.

die Wirkung einer Rechtsordnung mit ihrer Ablösung durch eine neue Rechtsordnung vollkommen aufhört, und die neue Ordnung mit dem Augenblick ihrer Geltung alle Lebensverhältnisse ihres Bereiches erfaßt und nach ihren Bestimmungen gestaltet, ohne Rücksicht auf die bisherige Gestaltung durch die alte Ordnung. Dieses Ordnungsprinzip eignet allen Gesetzen.[59])

Es ist sicher das Verdienst Nipperdeys, seine Geltung auch für die Betriebsordnung erkannt zu haben. Denn sicher ist die Betriebsordnung als Satzung der autonomen Betriebsgemeinschaft nicht ohne Grund als „Ordnung" bezeichnet worden. Ihre Rechtsnatur und Funktion als autonome Satzung ist den Gesetzen ähnlich: Der Führer des Betriebs ist kraft staatlicher Zulassung zum Erlaß der Betriebsordnung ermächtigt und ordnet durch sie eine Vielheit von Rechtsverhältnissen allgemein und verbindlich.

Die Wurzeln des für die Betriebsordnung geltenden Ordnungsprinzips liegen im Führergrundsatz. Dem Führer des Betriebs obliegt es, die betrieblichen Verhältnisse zu ordnen. Die ordnende Macht, mit der ihn das Gesetz durch die Verleihung der Rechtssetzungsbefugnis ausgestattet hat, muß soweit gehen, wie die Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben es notwendig macht. Dazu gehört auch, daß er Anordnungen, die er selbst getroffen hat, wieder rückgängig machen kann. Er hat seine Entscheidungen nach wirtschaftlicher Vernunft und sozialer Gerechtigkeit zu treffen. Wenn diese eine Änderung der bisherigen Ordnung notwendig erscheinen lassen, dann muß die neue Ordnung die alte beseitigen können, gleichgültig, ob es sich um günstigere oder ungünstigere Arbeitsbedingungen handelt.[60])

bb) Grenzen seiner Geltung.

Nun gibt es aber kaum eine Rechtsordnung, die sich einer absoluten Geltung des Ordnungsprinzips erfreuen könnte. Abgesehen von der Scheu vor einem Eingriff in schwebende Rechtsverhältnisse (im Prozeßrecht noch mehr als im materiellen Recht), sind es zwei rechtsformale Grundsätze, die das Ordnungsprinzip in einer jeden Ordnung durchbrechen, einigen oder gar aufheben: Das Prinzip der vorgehenden höheren Ordnung (Reichsrecht bricht Landrecht) und das Prinzip der vorgehen-

---

[59]) Vgl. Not. I, S. 19; Enneccerus-Kipp-Wolf: Bd. I, S. 165 ff.

[60]) Vgl. Hueck-Nipperdey-Dietz: Anm. 18 c zu § 30; Festschrift für Lehmann, S. 261 f.; Probst: Günstigkeitsprinzip, S. 10.

den besonderen Ordnung (lex specialis derogat legi generali).[61]) Nach dem ersten Grundsatz ergibt sich die Stufenfolge: Gesetz — Tarifordnung — Betriebsordnung — Einzelarbeitsvertrag. Auf Grund des Spezialitätsprinzips geht die vertragliche Vereinbarung den nicht zwingenden Bestimmungen der Betriebsordnung, diese zusammen wieder den nicht zwingenden Tarifordnungsnormen und diese schließlich den nicht zwingenden gesetzlichen Vorschriften vor.

Hieraus wird ersichtlich, daß das der BO. immanente Ordnungsprinzip, alle ihr unterliegenden Arbeitsverhältnisse, vom Augenblick ihrer Geltung an, ihrem Inhalt gemäß zu gestalten, einerseits gegenüber den zwingenden gesetzlichen und tariflichen Vorschriften, andererseits gegenüber der einzelvertraglichen Vereinbarung versagt.

cc) Insbesondere seine Durchbrechung durch die vertragliche Vereinbarung.

Die einzelvertragliche Vereinbarung als im Verhältnis zur Betriebsordnung niedere Rechtsquelle[62]) vermag aber nur insoweit eine gegenüber der Betriebsordnung wirksame Regelung zu treffen, als eine höhere Rechtsordnung (Betriebsordnung — Tarifordnung — Gesetz) es nicht verbietet. Das Gesetz hat im § 30 die Bestimmungen der Betriebsordnung für die Betriebsangehörigen als Mindestbedingungen für rechtsverbindlich erklärt. Sie sind damit einseitig zwingend, und zwar gegenüber Verschlechterungen durch den Einzelarbeitsvertrag. Daraus folgt, daß nur die Vereinbarung ungünstigerer Arbeitsbedingungen unzulässig ist. Vereinbart werden können demnach günstigere und mit der Betriebsordnung gleichlautende Arbeitsbedingungen und nicht, wie Nipperdey behauptet, nur günstigere.

Freilich käme dann das Ordnungsprinzip vollkommener zur Geltung. Es hieße aber den Betriebsordnungsnormen eine stärkere Wirkung und unabhängigere Stellung einräumen zu wollen, als es Gesetzesbestimmungen gegenüber vertraglichen Vereinbarungen haben.[63]) Es ist nun einmal so, daß der Grundsatz der vorgehenden höheren Rechtsquelle und das Speziali-

---

[61]) Vgl. hierzu Enneccerus-Kipp-Wolf: Bd. I, S. 125 f., 162; Hueck-Nipperdey: Lehrbuch Bd. I, S. 118 ff.; Hueck-Nipperdey-Dietz: Vorbemerkung 4 vor § 26.

[62]) Rechtsquelle im Sinne der Grundlage von Rechten und Pflichten.

[63]) Auch die sog. fest erworbenen Rechtsstellungen wie Unkündbarkeit, entstandene Pensionsansprüche u. ä. sind Durchbrechungen des Ordnungsprinzips und müssen auch von Nipperdey als solche hingenommen werden (vgl. Hueck-Nipperdey-Dietz: Anm. 18 c zu § 30).

tätsprinzip sich als allgemeinere über den einzelnen Ordnungen stehende Prinzipien gegenüber dem Ordnungsprinzip durchsetzen.[64])

dd) Seine Funktion im Recht der Betriebsordnung.

Die große Bedeutung des Ordnungsprinzips für den Betrieb bleibt bestehen. Das Arbeitsordnungsgesetz hat die Rechtswirkungen der Betriebsordnung als Mindestbedingungen für rechtsverbindlich erklärt. Auf Grund des Ordnungsprinzips ist es nicht möglich, daß beim Wechsel zweier Betriebsordnungen die günstigeren Arbeitsbedingungen der alten Betriebsordnung[65]) gegenüber den ungünstigeren Bedingungen der neuen Ordnung bestehen bleiben, obwohl sie nur Mindestbedingungen sind. Vielmehr gilt die neue Ordnung allein, mag sie auch ungünstigere Arbeitsbedingungen enthalten.[66])

Als Ergebnis steht mithin fest: Für die Betriebsordnungsvorschriften gilt das Ordnungsprinzip. Dieses rechtfertigt nicht die These Nipperdeys, daß grundsätzlich nur günstigere Bedingungen vereinbart werden können. Denn es sagt nicht darüber aus, wann und in welchem Umfange eine speziellere Ordnung vorliegt oder möglich ist. Es gibt lediglich eine Antwort auf die Frage, in welchem Umfange eine bestimmte Ordnung sich gegenüber einer g l e i c h e n Ordnung, die diese ablöst oder der sie weicht, durchsetzt.[67])

b) Das Leistungsprinzip.

aa) Bedeutung des Leistungsprinzips.

Am stärksten sucht Nipperdey seine These durch das Leistungsprinzip zu rechtfertigen. Er führt dazu aus: Bisher ist es fast durchweg übersehen worden, daß das Arbeitsordnungsgesetz selbst den richtigen Maßstab für die Auslegung des Begriffs der Mindestbedingungen bindend an die Hand gibt. Der Begriff der Mindestbedingungen im § 30 AOG. ist im § 29 AOG. maßgeblich bestimmt. Die „Mindestsätze" des § 29 sind die Arbeitsbedingungen, die im § 30 als Mindestbedingungen bezeichnet sind. Der Satz „Die Bestimmungen der Betriebs-

---

[64]) Siehe Anmerkg. 67.

[65]) Soweit der Spezialitätsgrundsatz nicht durchgreift, d. h. soweit die Betriebsordnungsvorschriften nicht vertraglich vereinbart sind.

[66]) Nipperdey: Festschrift für Lehmann, S. 262 II 1 b; Hueck-Nipperdey-Dietz: Komm. Anm. 18 c zu § 30; Probst: a. a. O., S. 12.

[67]) Es ist also das Ordnungsprinzip ein i n n e r h a l b ein und derselben Ordnung aktives Prinzip. Das Verhältnis verschiedenartiger Ordnungen zueinander aber regelt sich nach der Rangstufe der betreffenden Ordnung. Hier gelten die beiden oben genannten Prinzipien.

ordnung sind als Mindestbedingungen rechtsverbindlich" bedeutet daher: Sie sind Mindestbedingungen mit der Maßgabe, daß den Leistungen des einzelnen Betriebsangehörigen entsprechende günstigere Arbeitsbedingungen vereinbart werden können.

bb) Seine Umdeutung durch Nipperdey.

Nipperdey läßt es aber nicht dabei bewenden, daß auf Grund des Leistungsprinzips günstigere Arbeitsbedingungen vereinbart werden können, sondern dieses Prinzip soll zugleich eine Vereinbarung gleichgünstiger Arbeitsbedingungen verbieten, denn er fährt fort: Ist aber der Begriff der Mindestbedingungen in notwendiger Antithese zum Leistungsgrundsatz, aber auch in harmonischer Verbindung mit ihm zu verstehen, ist somit die Anerkennung günstigerer Bedingungen die rechtliche Ausprägung des Leistungsprinzips, so kommt die Aufrechterhaltung günstigerer Arbeitsbedingungen einer abgelaufenen Betriebsordnung, d. h. eine vertragliche Vereinbarung von Bestimmungen der Betriebsordnung nicht in Frage.

cc) Das Wesen des Leistungsprinzips als ein Sozialprinzip.

Dadurch wird dem Leistungsprinzip der Betriebsordnung statt seiner wesensmäßigen sozialen Funktion eine Ordnungsfunktion aufgezwungen. Mit dem Leistungsprinzip will Nipperdey entscheiden, was einzelvertraglich vereinbart werden kann und was nicht. Wie schon oben festgestellt, ist dies nur danach zu entscheiden, ob eine höhere Rechtsquelle als der Vertrag die Vereinbarung gestattet. Soweit die höhere Rechtsquelle es nicht verbietet, ist eine speziellere Rechtsordnung durch die nachgeordnete Rechtsquelle möglich. Nipperdey betont mit Recht, daß das Leistungsprinzip zugleich ein Spezialitätsprinzip ist.[68]) Doch es erschöpft es nicht.

Wie aus der Vorschrift des § 29 AOG. für den einzelnen Beschäftigten kein privatrechtlicher Rechtsanspruch auf einen seinen Leistungen entsprechenden Lohnbetrag folgt, so erzeugt noch weniger das Leistungsprinzip als solches irgendwelche konkreten Rechtsfolgen des Inhalts, daß es arbeitsvertragliche Vereinbarungen über Arbeitsbedingungen, die nicht in Verwirklichung des Leistungsprinzips getroffen sind, verhindert. Es kann im wesentlichen nur die Folgen des § 16 oder des § 36 AOG. auslösen.[69]) Der § 29 ist keine unmittelbar gestaltende Bestimmmung, sondern enthält nur eine Anweisung des Ge-

[68]) Vgl. HND. Anm. 12 a zu § 29; Nipperdey: Festschrift für Lehmann, S. 264.

[69]) HND. Komm. Anm. 15 ff. zu § 29.

setzgebers an den Führer des Betriebs, dem Leistungsgrundsatz zu entsprechen.[70]) Es ist mithin wie gesagt ein soziales Prinzip und hat nur eine soziale Funktion.

dd) Seine Durchführung im praktischen Arbeitsleben.

Es ist Nipperdey zuzugeben, daß die Befürwortung einer generellen Vereinbarung von Betriebsordnungsvorschriften im Leistungsprinzip ihre Rechtfertigung nicht findet. Doch welche geltenden Arbeitsbedingungen beruhen wirklich auf dem Leistungsprinzip? Da die Betriebsordnungsnormen Mindestbedingungen sind, müßte sich dem Prinzip nach von dieser untersten Stufe eine Regelung der Arbeitsbedingungen entsprechend den unterschiedlichen Leistungen der Betriebsangehörigen aufbauen. Tatsächlich jedoch werden, man kann beinahe sagen, alle Arbeiter und Angestellten betriebsordnungsgemäß entlohnt, wenn eine Betriebsordnung besteht. Nur in seltenen Fällen gelten für einen Beschäftigten günstigere, von der Betriebsordnung abweichende Arbeitsbedingungen. Wenn man schon von einer grundsätzlichen Verletzung spricht, dann ist dies wohl die umfassendste und größte Verletzung des Leistungsprinzips. Dem Leistungsprinzip ist keine Macht gegeben, diese tatsächliche Sachlage zu verhindern oder zu beseitigen. Sogar die sogenannten Leistungsbedingungen können tatsächlich die größte Verletzung des Leistungsprinzips sein, sei es, daß sie viel zu günstig sind oder trotz der Günstigerstellung für den Betreffenden keinen hinreichenden Entgelt darstellen. Auch das kann das Leistungsprinzip nicht verhindern, etwa mit der Folge, daß eine solche Vereinbarung keine rechtliche Anerkennung findet. Aus welchem Grunde soll das Prinzip gerade die generelle Vereinbarung von Betriebsordnungsvorschriften, die sicher auch nicht dem Leistungsprinzip gerecht wird, verhindern können? Mithin ist die These Nipperdeys, daß das Leistungsprinzip die einzelvertragliche Vereinbarung von Betriebsordnungsbestimmungen verhindert, keineswegs zwingend.

Es besteht lediglich die Möglichkeit, das Leistungsprinzip bei der Auslegung der Willenserklärungen der Vertragspartner dahin zur Geltung zu bringen, daß man die Erklärungen im Rahmen von Zweckmäßigkeit und Billigkeit möglichst so auslegt, daß sie das Leistungsprinzip nicht beeinträchtigen. Selbstverständlich kann es sich nur um die Fälle handeln, in denen eine Willensauslegung möglich und notwendig ist. Wie jedoch die zu Beginn angeführten Beispiele beweisen, hat die Ablehnung der Vereinbarkeit von Betriebsordnungsvorschriften Er-

[70]) So auch Nipperdey in HND. Komm. Anm. 14 zu § 29.

gebnisse zur Folge, die den Gefolgschaftsmitgliedern unzumutbar sind. Insoweit ist im Gegenteil der Wille beider Vertragspartner zugunsten einer vertraglichen Vereinbarung auszulegen. Wo die Parteien aber ausdrücklich und eindeutig die Bedingungen der Betriebsordnung vereinbart haben, kann es überhaupt keine andere Möglichkeit geben, als diesen Willen anzuerkennen. Nur dieses Ergebnis entspricht dem Arbeitsordnunggesetz, das im § 30 eindeutig zum Ausdruck bringt, daß im Verhältnis zur Betriebsordnung nur abweichende Vereinbarungen nach unten unzulässig sind.[71])

Es ist die allgemein herrschende Meinung, daß die Bestimmungen der Betriebsordnung vereinbart werden können. Die meisten Rechtslehrer und die Rechtsprechung sind sich darin einig, daß unzulässig nur die Vereinbarung ungünstigerer Arbeitsbedingungen ist.[72]) Uneinheitlich sind sie in ihren Auffassungen nur hinsichtlich der nicht ausdrücklichen vertraglichen Vereinbarung. Die einen sind für eine möglichst weitgehende Annahme stillschweigender Vereinbarungen und eventueller Ergänzungen,[73]) die anderen für ihre weitgehende Einschränkung.[74])

3. Nipperdey und die Rechtswissenschaft.

a) Das Reichsarbeitsgericht.

Wenn Nipperdey und seine Anhänger sich besonders auf das Reichsarbeitsgericht berufen,[75]) so ist das nur zum Teil gerechtfertigt. Sie führen vor allem das Urteil des Reichsarbeitsgerichts vom 9. Januar 1937[76]) an, und weisen insbesondere auf folgende entscheidenden Sätze hin: „Die Betriebsordnung geht ... anders als etwa vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit die frühere tarifver-

---

[71]) Z. B. Mansfeld-Pohl: Komm. Anm. bb zu § 30, S. 341; Dersch: Anm. 3 b zu § 30 Komm.: „Nur ein Unterschreiten der Arbeitsbedingungen ist verboten."

[72]) Mansfeld-Pohl: Komm. Anm. 11 b, S. 376; Nickisch: Komm. 1937, S. 51; Hueck: Arbeitsrecht (Lehrbuch) § 37 II 2; Dersch: Komm. Anm. zu § 30, insbesondere 3 b; Rust: NS.-Soz.Pol. 1938, S. 295 ff.; Herschel: Neues Arbeitsrecht, S. 49 ff.; RAG. in A.R.Slg. Bd. 28, S. 261; 29, S. 3, 380; 31, S. 173; 32, S. 137; Bd. 33, S. 284 ff.

[73]) Z. B. Rust: NS.-Soz.Pol. 1938, S. 295 ff.; Mansfeld-Pohl, Komm. Anm. 11 b, S. 376.

[74]) Z. B. RAG. in A.R.Slg. 29, S. 3 ff.

[75]) Vgl. Hueck-Nipperdey-Dietz, insbesondere Anm. 18 e zu § 30; Festschrift für Lehmann, S. 264 f.; Probst: Günstigkeitsprinzip, S. 24 und S. 29. Zu Unrecht meint auch Rust (NS.-Soz.Pol. 38/295 f.), daß das Reichsarbeitsgericht die Auffassung Nipperdeys teile und bezeichnet sie deshalb als herrschend.

[76]) Abgedruckt in A.R.Slg. Bd. 29, S. 3 ff.

tragliche Vereinbarung nicht ohne weiteres in die von ihr erfaßten Arbeitsverträge als deren Inhalt über. Die Parteien hätten sie nur durch besonderes Abkommen zum Inhalt ihres Arbeitsvertrages machen können."[77]) Der erste Satz gibt ihnen keine Stütze. Darin stellt das Reichsarbeitsgericht nur fest, daß die Betriebsordnungsvorschriften nicht mehr ohne weiteres, d. h. automatisch ohne den besonderen Willen der Arbeitsvertragspartner zum vereinbarten Inhalt der Einzelarbeitsverträge werden. Das ist richtig und gegen die Vertreter der Nachwirkungslehre gerichtet. Dagegen scheint der zweite Satz: Die Parteien hätten die Betriebsordnung nur durch „besonderes Abkommen" zum Inhalte ihres Arbeitsvertrages machen können, die Möglichkeit einer stillschweigenden Vereinbarung auszuschließen, und damit die Auffassung Nipperdeys insoweit zu bestätigen. Das ist aber nur der Fall, wenn man sich an den bloßen Buchstaben dieses Satzes hält und ihn isoliert für sich betrachtet. Anders, wenn man ihn aus dem Zusammenhang nicht herausreißt und seine Bedeutung gemäß dem Sinne der Entscheidung berücksichtigt.

Die Entscheidung nahm zum ersten Male grundsätzlich Stellung zu der Frage der Rechtswirkung der Betriebsordnungsnormen. Gegen seine bisher im alten Recht vertretene Auffassung lehnte das Reichsarbeitsgericht hier zum erstenmal für die Betriebs- und Tarifordnung ein automatisches Eingehen ihrer Normen in den Einzelarbeitsvertrag ab. Es kommt dem Reichsarbeitsgericht in dieser Entscheidung darauf an, festzustellen, daß im neuen Recht anders als im alten die Betriebsordnungsvorschriften nicht ohne einen besonderen darauf gerichteten Willen des einzelnen Gefolgsmannes und Unternehmers in den Einzelarbeitsvertrag eingehen, sondern daß es dazu, wie das Reichsarbeitsgericht sich ausdrückt, „eines besonderen Abkommens der Arbeitsvertragspartner" bedarf. D. h.: es bedarf eines besonderen darauf gerichteten Willens der Arbeitsvertragspartner. Dieser Wille aber kann nach allgemeiner Rechtsauffassung sowohl ein ausdrücklicher wie ein stillschweigender sein, er kann vermutet und ergänzt werden.

Es ist also sicher, daß die Wendung „besonderes Abkommen" nur als Antithese zum „automatischen" gleich „ohne besonderen Willen" aufgefaßt werden darf. Nicht wollte das Reichsarbeitsgericht damit allgemein geltende Rechtsgrundsätze über Willenserklärung und Vertrag für das Arbeitsrecht als nicht anwendbar erklären. Das beweist auch die diesem

---

[77]) RAG. in A.R.Slg. Bd. 29, S. 4.

Urteil folgende Entscheidung vom 17. 4. 1937,[78]) wo ein sachlich ganz gleicher Fall vorlag. Hier vermeidet das Reichsarbeitsgericht den Ausdruck „besonderes Abkommen" und sagt statt dessen, daß die Betriebsordnung nicht „ohne weiteres" in die von ihr erfaßten Arbeitsverträge eingeht, also nicht ohne weiteres vertraglich vereinbarter Inhalt der Arbeitsverträge wird.

Von einer Bestätigung der These Nipperdeys, daß eine Vereinbarung von Vorschriften keinesfalls anerkannt werden kann, es sei denn, es handelt sich um Leistungsbedingungen, kann keine Rede sein. Zuzugeben ist Nipperdey und Rust, daß das Reichsarbeitsgericht nur sehr ungern gewillt ist, eine stillschweigende Vereinbarung anzunehmen, strengere Maßstäbe als sonst allgemein üblich anwendet und dadurch oft zu gleichen Ergebnissen wie Nipperdey kommen kann. Beweis dafür sind die Entscheidungen vom 9. Januar 1937 und vom 7. Juni 1939.[79])

b) Die Rechtslehre.

Abgesehen von seinen Schülern wird die Theorie Nipperdeys nicht nur von den Vertretern der Vereinbarungstheorien abgelehnt, sondern auch diejenigen, die mit ihm die Normeigenschaft der Betriebsordnungsvorschiften anerkennen und zum Teil auch die große Bedeutung des Ordnungs- und Leistungsprinzips in der betrieblichen Ordnung unterstreichen, versagen Nipperdey in diesem Punkte die Gefolgschaft.

So meint Nickisch: Wem die Normenwirkung zu weitgehend scheint, der sei darauf hingewiesen, daß durchaus die Möglichkeit besteht, die Arbeitsbedingungen von den Änderungen der Betriebsordnung immun zu machen. Im Einzelarbeitsvertrag können nämlich nicht nur günstigere Bedingungen vereinbart werden, sondern es können auch Mindestbedingungen der Betriebsordnung vereinbart werden. Dann sind sie rechtlich von der Betriebsordnung losgelöst, haben ihren Rechtsgrund im Einzelvertrag und können nur mit diesem geändert werden. Der Arbeitnehmer ist also gegen eine Verschlechterung ge-

---

[78]) RAG. in A.R.Slg. Bd. 31, S. 173 ff.

[79]) RAG. in A.R.Slg. 29, S. 3 ff. (etwa Beispiel Nr. 6); RAG. in DR. 1939, S. 1767 f. (etwa Beispiel Nr. 1). In der ersten Entscheidung hat das Reichsarbeitsgericht dem Betriebsführer die Befugnis eingeräumt, durch entsprechende Abänderung der Betriebsordnung sich von seiner Gratifikationspflicht zu befreien, es sei denn, er sei vertraglich gebunden. Vgl. hierzu das Beispiel 6, oben S. 12. Den Tatbestand der Entscheidung vom 7. Juni 1939 gibt im wesentlichen das Beispiel Nr. 1, oben S. 11 wieder.

sichert, während er an Verbesserungen infolge der Unabdingbarkeit teilnimmt.[80])

Ferner erklärt Rust:[81]) Wenn auch grundsätzlich die Normeigenschaft der Betriebsordnung anerkannt werden muß, ist damit noch nichts über die Frage gesagt, ob nicht trotzdem der Norminhalt gleichzeitig Inhalt der Einzelarbeitsverträge sein kann. Aus der Bejahung der Normeigenschaft ergibt sich zunächst nur, daß die Wirkung der Betriebsordnung ohne Umformung in den Vertragsinhalt eintritt, also vom Willen der Beteiligten unabhängig ist. Das schließt nicht aus, daß die Norm außerdem durch Willenseinigung auch zum Vertragsinhalt gemacht werden könne, so daß die Bindung der Parteien nunmehr auf einer doppelten Grundlage, der Normenwirkung und der vertraglichen Verpflichtung, beruhe.

Nehm formuliert folgendermaßen: Die Geltungskraft der Betriebsordnung — unmittelbar aus sich — hindert uns nicht, ihre Bestimmungen dennoch als vereinbarten Rechtsinhalt anzusehen. Maßgebend für dessen Gestaltung ist lediglich der Parteiwille, soweit er sich in den gesetzlichen Bahnen bewegt. Dieser Parteiwille erstreckt sich ... auf die in der Betriebsordnung festgelegten Arbeitsbedingungen. Zwingendes Gesetzesrecht kann von den Parteien vereinbart werden. Von einem irgendwie gearteten „Eingehen" der Betriebsordnungsnormen in den Arbeitsvertrag ist nicht die Rede.[82])

Mansfeld[83]) glaubt sogar — bei aller Betonung der Normeigenschaft und des Ordnungs- und Leistungsgrundsatzes —, daß „in der Regel" mit der Einstellung der Inhalt der Betriebsordnung als Inhalt des Einzelvertrages vereinbart sein wird.

c) Insbesondere die Vertreter der Lehre vom Arbeitsverhältnis als personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis.

Trotzdem ist nicht zu verkennen, daß allenthalben eine Vertragsscheu und ein Mißtrauen gegenüber der vertraglichen Rechtsgestaltung besteht. Es sei nur auf die Vertreter der Lehre vom Arbeitsverhältnis als rein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis hingewiesen.[84]) Zwar ist die hier auf-

---

[80]) Nickisch: Komm., S. 51.
[81]) Rust: NS.-Soz.Pol. 1938, S. 298.
[82]) Nehm: Günstigkeitsprinzip, S. 23 ff.
[83]) Mansfeld-Pohl: Anm. 11 b, S. 376.
[84]) Siebert: Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit, 1935; ders.: Die Entwicklung der Lehre vom Arbeitsverhältnis im Jahre 1936, DAR. 1937, S. 14 ff. und 1937, S. 44; Die Grundfragen des Arbeitsverhältnisses im Lichte der neueren Rechtsprechung, JW. 1937,

geworfene Frage nicht ihr Anliegen. Sie beschäftigen sich grundsätzlich mit dem Wesen des Arbeitsverhältnisses. Indem sie dabei den Vertrag in weitestem Umfange für das Arbeitsverhältnis ablehnen, treffen sie sich hinsichtlich der vertraglichen Vereinbarung von Betriebsordnungsvorschriften mit der Auffassung Nipperdeys. Auch für sie kann es nur eine vertragliche Vereinbarung von Leistungsbedingungen geben.[85]) Denn nach ihnen ist die Betriebsgemeinschaft allein Grundlage der Beziehungen zwischen Unternehmer und Arbeiter. Die erste Folgerung daraus ist, daß das Arbeitsverhältnis nicht durch den Arbeitsvertrag, sondern durch die „Eingliederung in die konkrete Gemeinschaft des Betriebes" begründet wird. Da das Arbeitsverhältnis somit nicht entsteht, „weil die Parteien diesen Erfolg wollen" und ihre Rechte und Pflichten „unmittelbar auf der konkreten Gliedstellung der Betriebsgemeinschaft" beruhen, kann für die Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmer und Gefolgsmann als Gliedschaftsbeziehung zur Betriebsgemeinschaft nicht das maßgebend sein, was sie in einem Vertrag ausgehandelt haben.[86])

Nach Rohde[87]) kann für das Rechtsverhältnis der Arbeitsvertragspartner nur das maßgebend sein, was durch Gesetz, Tarifordnung, Betriebsordnung und Einzelentscheidung des Betriebsführers bestimmt wird.

Der Vertrag fehlt in dieser Stufenfolge der Ordnungen vollkommen. Die vertragliche Vereinbarung läßt diese Lehre nur als ein „außerhalb der Gemeinschaftsordnung stehendes untergeordnetes Hilfsmittel bei der Gesamtgestaltung der arbeitsrechtlichen Beziehungen" zwischen Gefolgsmann und Unternehmer gelten.

Eine nähere Befassung mit der Lehre liegt nicht im Rahmen dieser Arbeit; sie ist im übrigen in der Rechtswissenschaft bereits eingehend gewürdigt und bei aller Anerkennung ihrer fruchtbaren Gedanken als nicht anwendbar auf das praktische

---

S. 110 ff.; Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis, DAR. 1935. S. 95; BGB.-System und völkische Ordnung, D. Rechtswiss. 1936, S. 204 ff.; Rohde: Arbeitsverhältnis — Arbeitsvertrag, ZADfDR. 1937, S. 203 ff.; desgl. ZAkfDR. 1936, S. 371 ff.; Huber: Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis, JW. 1937, S. 1111 ff.

[85]) Insbes. Siebert: Das Arbeitsverhältnis, S. 88; Rohde: ZAkfDR. 1937, S. 204.

[86]) Siebert: Arbeitsverhältnis, S. 15, 16 und 88; Rohde: Arbeitsverhältnis — Arbeitsvertrag, ZAkfDR. 1937, S. 204 f.

[87]) Rohde: Arbeitsverhältnis — Arbeitsvertrag, ZAkfDR. 1937, S. 205.

Arbeitsleben abgelehnt worden.[88]) In diesem Zusammenhange interessiert nur die für einen großen Teil der heutigen Rechtswissenschaft eigentümliche Gemeinschaftsauffassung auf Kosten des rechtlichen Könnens des Einzelnen, die im Ergebnis eine weitgehende, wenn nicht vollkommene Ablehnung der vertraglichen Vereinbarung zur Folge hat.

Auch die Ablehnung der vertraglichen Vereinbarung von Betriebsordnungsvorschriften durch Nipperdey hat hier ihre Wurzeln und nicht im Ordnungs- und Leistungsprinzip, das erst, beeinflußt durch diese Grundeinstellung gegen den Vertrag, einen bestimmten Inhalt von Nipperdey erhielt. Hier liegt die Wurzel auch für die unbegründete Anwendung strengerer Maßstäbe bei der Frage der stillschweigenden Vereinbarung betriebsordnungsgleicher Vorschriften bezüglich ihrer Ergänzung durch das Reichsarbeitsgericht.

Es ist deshalb notwendig, den Lösungsvorschlag auch von den rechtlichen Grundlagen der Stellung des Einzelnen in der Gemeinschaft, seinem selbständigen rechtlichen Können innerhalb der Gemeinschaft, sowie von der Stellung des Vertrages unter den ordnenden Faktoren der betrieblichen Arbeitsregelung aus zu begründen.

C. Lösungsversuch.

I. Betriebsgemeinschaft und Gefolgsmann.

1. Schließt das Recht der Gemeinschaft Individualrechte aus?

Die Frage nach der Möglichkeit und dem Rechte des Einzelnen, seine Rechtsbeziehungen innerhalb der Gemeinschaft in gewissem Umfange selbst zu gestalten, ist mit die wichtigste in der Stellung des Einzelnen zur Gemeinschaft.[1]) Schuld an der oft ungerechtfertigten Einengung dieses Persönlichkeitsrechtes ist der durch die Gegenwart erst überwundene Mißbrauch der persönlichen Freiheit und ihre gemeinschaftszerstörende Entartung im Individualismus. Indem dieser zuerst

---

[88]) Mansfeld-Pohl: Komm. AOG., S. 90; „Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis", insbes. Begründung zu § 1; Mansfeld: Vom Arbeitsvertrag, DAR. 1936, S. 118 ff.; ders.: Die arbeitsvertragliche Begründung und Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses, JW. 1936, S. 481 ff.; Dersch: Werdendes Arbeitsrecht, DAR. 1935, S. 187; ders in ZAkfDR. 1935, S. 371; Thieme: Nationalsoz. Arbeitsrecht, DAR. 35, S. 501; RAG. in A.R.Slg. Bd. 26, S. 125, 135, 175, Bd. 32, S. 316; Richter: Arbeitsvertrag und Arbeitsordnungsgesetz, Soz. Praxis 1934, Sp. 249 f.

[1]) Mannigk: Neubau, S. 14, 30.

ihre Bindung und dienende Stellung in der Gemeinschaft zu lockern begann, leugnete er in fortschreitender Entwickelung jede Gemeinschaftsverpflichtung und Gemeinschaftsverbundenheit.[2]) Der Individualist sieht zuerst sich und seine Interessen, und da jeder das tut, sieht jeder in dem anderen den Gegner, die feindliche, haltgebietende Grenze seines persönlichen Wohls. So kämpft einer gegen den anderen, die Gruppe gegen die Gruppe und schließlich die Klasse gegen die Klasse. Es fehlt das sinnvolle Zusammenarbeiten als Glieder eines Organismus, es fehlt die Zusammenführung und gegenseitige Anerkennung der Einzelinteressen in den Zielen und Aufgaben der höheren einigenden Gemeinschaft.[3]) Die Erinnerung an diese das Volksleben, die Kultur und die Wirtschaft zerstörende Entartung der persönlichen Freiheit und die notwendige scharfe Frontstellung gegen sie, macht das tiefe Mißtrauen gegen das Eigensein und Eigenwollen des einzelnen Gefolgsmannes in der Betriebsgemeinschaft verständlich.[4]) Doch, wie gesagt, waren das nur Folgen einer entarteten Auffassung der persönlichen Freiheit und ein Mißbrauch des rechtlichen Könnens. In Wahrheit werden sie von einer jeden Gemeinschaft vorausgesetzt, wie die folgenden grundsätzlichen Erwägungen zeigen.

2. Gemeinschaft setzt rechtliches Wollen und Können ihrer Einzelmitglieder voraus.

Die Gemeinschaft ist ein lebendiger Organismus, dessen Zellen die Einzelpersönlichkeiten sind.[5]) So kann Gemeinschaft immer nur in freien, rechtlich vermögenden Einzelpersonen Gestalt gewinnen. Der nur passiv geformte, nie aktiv formende, der rechtlich unvermögende Kollektivmensch kann nur gestaltlose Masse, nie Gemeinschaft bilden.[6]) Der Einzelne steht in der Gemeinschaft als Wollender und Handelnder. Die Wirkung zwischen der Gemeinschaft und ihren Gliedern ist wechselseitig. Wie der Einzelne von der Gemeinschaft geformt wird, so formt er auch sie. Ein von oben regierter und zusammen-

---

[2]) So z. B. Stirner in seinem Werk: Der Einzige und sein Eigentum.

[3]) Lange: Liberalismus, Nationalsozialismus und Bürgerliches Recht, S. 2 ff.

[4]) Schlegelberger: Abschied vom BGB., S. 6; Manigk: Autonomie, S. 10 ff. ders.: Neubau, S. 24 ff.

[5]) Julius Binder: System der Rechtsphilosophie, S. 103—112: ders.: Grundlegung zur Rechtsphilosophie, S. 34 ff.; Rufner: a. a. O., S. 29—35; Schönfeld: a. a. O., S. 75; Spann: a. a. O., S. 11 ff.; Litt: Individuum und Gemeinschaft; Tönnies: Gemeinschaft und Gesellschaft.

[6]) Helfritz: Volk und Staat, S. 50 ff.; Binder in Schriften der Akademie für deutsches Recht, Heft 7, S. 22 und 23.

gehaltener Haufe ohne individuelles Eigensein und Eigenkönnen ist nie Gemeinschaft. Gemeinschaft gestattet nicht nur, sondern fordert immer persönliches Wirken aller Glieder.[7]) Eine Gemeinschaft entfaltet sich um so reicher und ausgeprägter, je größer das rechtliche Wollen, Können und Wirken aller ihrer Glieder ist, je weniger sie unpersönliches Kollektiv passiver Einzelner ist.

Deshalb kann ein gewisses Maß rechtlicher Selbstbestimmung und persönlicher Verantwortung nicht ohne Schaden für die Gemeinschaft ausgeschaltet werden.[8]) Der verhängnisvolle liberale Grundsatz „Freiheit von der Gemeinschaft" findet mithin nicht in der Umkehrung seine Richtigstellung. Sie wäre nicht weniger verhängnisvoll. Der menschlichen Natur, in deren Wesen die Bezogenheit zur Gemeinschaft wurzelt, kann wesensgemäß nur der Grundsatz sein „Freiheit in der Gemeinschaft".[9]) Oder wie Nietzsche es zum Ausdruck gebracht hat, „nicht Freiheit wovon, sondern Freiheit wozu".

Gegen die Auffassung, um der Betriebsgemeinschaft willen das rechtliche Können des Gefolgsmannes möglichst zu beschränken, wenn nicht gar beseitigen zu müssen, wird auch von seiten der Wissenschaft neuerdings wiederholt in schärfster Weise Stellung genommen. So meint z. B. Binder:[10]) Die allgemeine Vorstellung nähert sich bedenklich dem formlosen Brei, in dem der Einzelne versinkt und zugrunde geht. Wenn der Gefolgsmann in der Betriebsgemeinschaft nur passives Glied sein soll, ohne eigenes rechtliches Gestaltungsvermögen, dann dient man nicht der Gemeinschaft, sondern redet dem „Ungeheuere Masse" das Wort. Diese aber ist das Gegenteil von Gemeinschaft. Gegenüber solcher Auffassung steht unerschütterlich das Recht der Persönlichkeit auf Anerkennung eigener Verantwortung, eigener Rechtsgestaltung, eigener Interessen. Und wenn der Unverstand etwa behautptet, daß damit wieder der glücklich überwundene Individualismus in seine frühere beherrschende Stellung eingesetzt wird, so ist demgegenüber zu sagen, daß der nicht weiß, was er tut.

---

[7]) Binder in Schriften der Akademie für deutsches Recht: Erneuerung des bürgerl. Rechts, Heft 7, S. 24; Georg Wünsch: Evangel. Ethik des Politischen, insbes. S. 407, 411, 429.

[8]) v. Hippel: Privatautonomie, insbes. S. 59—71; Weimann: Staat und Gemeinde, ZAkfDR., S. 459 ff.; Binder in Schriften der Akademie für deutsches Recht 1938, Heft 7, S. 22 ff.

[9]) Schlegelberger: Abschied vom BGB., S. 7.

[10]) Binder in ‚Schriften der Akademie für Deutsches Recht', Heft 7, S. 20 und 23.

II. Die vertragliche Vereinbarung.

Rechtsgestaltende Bedeutung erlangt das rechtliche Wollen und Können des Gefolgsmannes in der Hauptsache im Vertrage, in der vertraglichen Vereinbarung von Arbeitsbedingungen mit dem Unternehmer. Entsprechend der Bedeutung des rechtlichen Könnens des Einzelnen für das Gedeihen und den Bestand der Gemeinschaft ist für die Vereinbarung bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses eine angemessene Wirkungsmöglichkeit zu fordern.[11]) Wie die Rechtssetzung die der Gemeinschaft wesensgemäße Rechtsäußerung ist, und durch sie das Arbeitsverhältnis in seiner Gliedschaftsstellung zur Betriebsgemeinschaft gestaltet wird, so muß die vertragliche Vereinbarung als die dem Einzelnen zugeordnete Rechtsäußerung die besonderen Bedürfnisse des Gefolgsmannes und seine einzelpersönlichen Beziehungen zum Unternehmer regeln können.

1. Die Ablehnung des Vertrages (insbes. Siebert).

Wenn die Vertreter der Lehre vom Arbeitsverhältnis als reinem personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis[12]) das Arbeitsverhältnis nur in seiner Gliedschaftsstellung zur Betriebsgemeinschaft sehen, dann werden sie dem wahren Sachverhalt und der im Volke tief eingewurzelten Auffassung nicht gerecht.[13]) Sie übersehen, daß der Beschäftigte die Arbeit nicht der Betriebsgemeinschaft, sondern dem Unternehmer verspricht, daß die Arbeit nicht d e r Betriebsgemeinschaft, sondern nur i n d e r Betriebsgemeinschaft geleistet wird, daß der Unternehmer, nicht die Gemeinschaft für die Vergütung aufzukommen hat, daß der andere Vertragsteil, nicht die Betriebsgemeinschaft einen Anspruch auf die Leistung eines Betriebsangehörigen hat.[14])

---

[11]) Vgl. auch so Mansfeld: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, DAR. 1936, S. 127 ff.; ders.: Vom Arbeitsvertrag, DAR. 1935. S. 118 ff.; Die arbeitsvertragliche Begründung und Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses, JW. 1936, S. 481 ff.; Dersch: Werdendes Arbeitsrecht (zugl. ein Tätigkeitsbericht der Akad. f. Dtsch. Recht), ZAkfDR. 1935, S. 368 ff., insbes. S. 371; „Entwurf eines Ges. über das Arbeitsverhältnis", §§ 1 ff. und bes. Begründung zu § 1, Abs. 2; Hueck: Deutsches Arbeitsrecht, S. 65 ff.

[12]) Vgl. Literaturangabe auf S. 41 Anm. 84. Dazu Siebert: Arbeitsverhältnis, S. 13 ff., 88, 117 f.; Denecke: Vermögensrechtliches und personenrechtliches Arbeitsverhältnis, DAR. 1934, S. 219. Diesen verwandt: Nickisch: AOG. S. 47 ff.; JW. 1935, S. 1288, 2222; Preller: Soz. Praxis; Danielziek: in Nat. Wirtschaft 1934, S. 160 ff. Ausführliche Beurteilung und Ablehnung bei Wagner: Arbeitsvertrag, S. 56—69, und Dersch: ZAkfDR. 1935, S. 368 ff., insbes. 371.

[13]) Vgl. Mansfeld: Vom Arbeitsvertrag, DAR. 35/121.

[14]) So Krusch: Arbeitsrecht, S. 17.

2. Der Vertrag als Gemeinschaftsverhältnis und Bauteil der Betriebsgemeinschaft.

Als wesensgemäße Rechtsäußerung gemeinschaftsgebundenen Einzelwollens[15]) kann der Vertrag seinem Wesen nach nicht als gemeinschaftsfeindlich und Gegensätze erzeugend bezeichnet werden. Im Gegenteil, das vertragliche Verhältnis zweier Personen ist selbst ein Gemeinschaftsverhältnis und hat gerade die Aufgabe, Gegensätze und auseinanderstrebende Interessen, die nun einmal im Leben vorhanden sind,[16]) zu überbrücken, miteinander zu „vertragen". Jeder Vertrag begründet gerade eine Einheit zwischen den Beteiligten, denn seine natürliche wie rechtliche Vollendung ist das „Einigsein". Der Vertrag schafft keine Parteien, sondern er führt die Parteien zusammen und macht sie zu Partnern.[17]) Die große Bedeutung der vertraglichen Gemeinschaft liegt daran, daß sie die Grundzelle großer und wichtiger Gemeinschaften ist. Das gilt vor allem für die Betriebsgemeinschaft, die sich aus den einzelnen vertraglichen Beziehungen aller Beschäftigten mit dem Unternehmer zusammensetzt. Der zweipersönliche Arbeitsvertrag des Unternehmers mit dem Arbeitsuchenden begründet in aller Regel die Gliedschaft zur Betriebsgemeinschaft.[18])

Die Tatsache, daß der Gefolgsmann auf Grund des Arbeitsverhältnisses Glied der Betriebsgemeinschaft und zugleich Partner einer besonderen Vertragsgemeinschaft mit dem Unternehmer wird, ist für unsere rechtliche Untersuchung von Bedeutung. Die Beziehungen des Gefolgsmannes als Glied der Betriebsgemeinschaft können allein durch die Normen der Betriebsordnung bestimmt werden, die Beziehungen des Gefolgsmannes zum Unternehmer als Vertragspartner muß im wesentlichen die vertragliche Vereinbarung ordnen. Dort haben die Angelegenheiten, die den Betrieb und alle Betriebsangehörigen gemeinsam angehen ihren Ort, hier die besonderen Bedürfnisse und Interessen jedes einzelnen Gefolgsmannes.

Bei der rechtlichen Anerkennung des Individualwillens ist immer davon auszugehen, daß die vertragliche Vereinbarung

---

[15]) Vgl. dazu Larenz: Vertrag und Unrecht I, S. 31—36; ders.: Die Wandlung des Vertragsbegriffs, Dtsch. R. 1935, S. 488 ff.; Stoll: Vertrag und Unrecht I, S. 7.

[16]) Ley: In „Der Deutsche", Nr. 82 vom 10. 4. 1934, „Angriff" vom 14. 6. 1935.

[17]) Lange: Vom alten zum neuen Schuldrecht, S. 70.

[18]) „Entwurf": Begründung zu § 1, S. 46 f.; Mansfeld-Pohl: Komm. Anm. zu § 1, S. 90; Nipperdey: DAR. 1937, S. 143; Nickisch: in Festschrift für Lehmann, S. 289 f.; Dietz: in HND. Anm. 18 a zu § 1.

keineswegs die Betriebsgemeinschaft in ihrem rechtlichen Vermögen einengen muß, sondern es ergänzen und vollenden soll. Die Notwendigkeit der vertraglichen Vereinbarung führen die eingangs aufgezählten Beispiele eindringlich vor Augen. Ihre für das Gedeihen der ganzen Gemeinschaft bedrohlichen Ergebnisse widerlegen zugleich die Annahme, daß die größtmögliche Ausschaltung des Einzelwillens immer dem Wohle der Gemeinschaft dient.

Im „Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis" heißt es gleich im ersten Paragraphen: „Der Arbeitsvertrag ist die das Arbeitsverhältnis begründende und gestaltende Einigung". Dazu führt die amtliche Begründung aus: „Der Arbeitsvertrag ist das in beiderseitigem Einverständnis der Nächstbeteiligten wurzelnde Mittel zur Begründung sowie zu inhaltlicher Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, das auch als Gliederscheinung und Bauteil der Betriebsgemenschaft einer Festlegung hinsichtlich seiner Partner, seiner zeitlichen Lage, der ungefähren Art der zu leistenden Arbeit und meist auch hinsichtlich einiger Arbeitsbedingungen bedarf. Der Arbeitsvertrag ist hierfür das regelrechte Mittel."[19]) Mit diesen Grundsätzen über die vertragliche Vereinbarung gibt der Entwurf der Akademie für Deutsches Recht, in dem das kommende Recht sich ankündet, die zutreffende Wegweisung in der Einstellung zur vertraglichen Vereinbarung.

III. Die vertragliche Vereinbarung von Betriebsordnungsnormen.

1. Die betriebliche Rechtsetzung und die vertragliche Vereinbarung.

Aus all dem folgt, daß durch die Normierung der betrieblichen Rechtsetzung das Vertragsrecht als solches für die Frage der Vereinbarung von Arbeitsbedingungen keine Abänderung erfahren hat. Insbesondere begründet die normative Regelung keine grundsätzliche Vermutung gegen einen rechtserheblichen Vertragswillen der Partner des Arbeitsvertrages hinsichtlich der Arbeitsbedingungen, die in der Betriebsordnung geregelt sind. Auch bezüglich dieser Arbeitsbedingungen gelten die allgemeinen Grundsätze des Bürgerlichen Gesetzbuches über Willenserklärungen sowie über Zustandekommen, Inhalt und Auslegung von Verträgen.

Das bedeutet, daß immer der Wille der Arbeitsvertragspartner allein dafür maßgeblich ist, ob eine Vereinbarung vor-

[19]) Begründung zu § 1 Abs. 2 des Entwurfs, S. 47.

liegt, und welche rechtliche Bedeutung und Tragweite ihr zukommt. Das bedeutet ferner, daß die stillschweigende vertragliche Vereinbarung genau so zu berücksichtigen ist wie die ausdrückliche und daß unter den Voraussetzungen der Zweckmäßigkeit und Billigkeit eine bestimmte Willensrichtung gegebenenfalls zu vermuten ist.

2. Die Willensrichtung der Arbeitsvertragspartner im praktischen Arbeitsleben.

a) Die für den Arbeiter lebenswichtigen Arbeitsbedingungen (Grundarbeitsbedingungen).

Um zu einem dem wirklichen Willen der Arbeitsvertragspartner, ihren Bedürfnissen und Interessen möglichst gerecht werdenden Ergebnis zu gelangen, ist es erforderlich, sich den Vorgang bei Abschluß eines Arbeitsvertrages vor Augen zu halten. In der Regel geht der Einstellung eines Beschäftigten eine mündliche Unterredung mit dem Unternehmer und in Großbetrieben mit seinem Vertreter voraus. Hierbei werden immer wieder bestimmte Punkte eingehend besprochen, nämlich: Art und Dauer der Arbeit, Lohn, Urlaub und Kündigungsfristen. Es sind die für die Lebenshaltung des einzelnen Betriebsangehörigen und den Arbeitsvertrag entscheidenden Arbeitsbedingungen. So bilden sie das rechtliche Gerippe eines jeden Arbeitsverhältnisses, berühren aber zugleich in erster Linie die besonderen persönlichen Verhältnisse und Bedürfnisse des Unternehmers und Arbeiters. Wegen dieser ihrer zweifachen Sonderstellung ist es gerechtfertigt, diese Arbeitsbedingungen gegenüber allen übrigen als die Grundarbeitsbedingungen herauszustellen und ihnen zugleich eine rechtliche Behandlung zuteil werden zu lassen, die ihrer besonderen Bedeutung für den einzelnen Betriebsangehörigen entspricht. Denn es sind Arbeitsbedingungen, die nicht so sehr die Gliedschaftsstellung des Unternehmers und Gefolgsmannes zur Betriebsgemeinschaft und ihr Verhältnis zu den anderen Betriebsangehörigen betreffen, sondern in erster Linie sie selbst, ihre persönlichen Bedürfnisse und gegenseitigen Beziehungen. Für diese aber ist, wie wir oben dargelegt haben, die vertragliche Vereinbarung das gemäße und von den Beteiligten auch in aller Regel gewollte rechtliche Gestaltungsmittel.

b) Die Gemeinschaftsbedingungen.

Wesentlich anders verhält es sich mit den übrigen Arbeitsbedingungen, die die Ordnung im Betriebe, das Verhalten der

Betriebsangehörigen, die Verwaltung des Betriebes, die Führung der Betriebsgemeinschaft und alle sonstigen die Betriebsangehörigen als Gemeinschaft betreffenden Angelegenheiten regeln. Sie sind bei den Einstellungsverhandlungen selten Gegenstand der Besprechungen zwischen Arbeiter und Unternehmer. Werden sie erwähnt, dann regelmäßig vom Unternehmer und zu dem Zwecke, sie dem neuen Gefolgsmann zur Kenntnis zu bringen, damit dieser sie befolge, nicht aber damit er zu ihnen Stellung nehme.

Hinsichtlich dieser Arbeitsbedingungen will und kann sich der Unternehmer in eine Verhandlung mit dem einzelnen Gefolgsmann nicht einlassen. Es sind die Führungsvorschriften, die die ganze Betriebsgemeinschaft, nicht aber nur diesen oder jenen Gefolgsmann angehen, und in denen der Unternehmer als Führer des Betriebs unabhängig sein will und soll. Wie der Unternehmer als Führer des Betriebs jedes Verhandeln über sie ablehnt, so ist der Arbeiter damit auch in aller Regel einverstanden.

3. Auslegungsgrundsätze für den Vertragswillen der Arbeitsvertragspartner.

Dieser tatsächliche Sachverhalt ist für die Beantwortung unserer Frage entscheidend. Er ist bei der Ermittlung des Inhalts der Arbeitsverträge zu berücksichtigen und zeigt, daß eine gleichmäßige Behandlung aller Arbeitsbedingungen der Wirklichkeit nicht gerecht wird. Die durchgängige Bejahung[20]) einer vertraglichen Vereinbarung von Bestimmungen der Betriebsordnung ist im gleichen Maße verfehlt wie ihre allgemeine Ablehnung.[21]) Dazu hebt jene in ihrer konsequenten Durchführung das Führerprinzip auf, während diese den sozialen Grundsatz des § 2 Abs. 2 AOG. verletzt.

Soweit eine ausdrückliche Vereinbarung der Grundarbeitsbedingungen vorliegt, ist ihr deshalb die volle vertragliche Bedeutung und nicht nur ein völlig überflüssiger deklaratorischer Inhalt zuzusprechen. Man macht nicht irgend etwas zum Gegenstande einer vertraglichen Vereinbarung, damit die Rechtslage genau so bliebe wie zuvor. Soweit aber eine ausdrückliche Erklärung zweifelhaft ist oder fehlt, ist der wirkliche Wille der Arbeitsvertragspartner zu ermitteln.

Verfehlt ist in diesem Zusammenhang, wie Rust richtig bemerkt,[22]) die Fragestellung, ob die Arbeitsvertragspartner die Erhebung der Betriebsordnungsvorschriften zum Vertrags-

[20]) Die Vertreter der Vereinbarungstheorien.
[21]) Nipperdey und seine Anhänger.
[22]) Rust: NS.-Soz.Pol. 1938, S. 298.

inhalt im Bewußtsein deren rechtlicher Tragweite gewollt haben; das heißt, daß Unternehmer und Gefolgsmann bewußt neben der bereits bestehenden normativen Geltung eine vertragliche Geltungsgrundlage zwecks Ausschaltung der normativen Abänderungsmöglichkeit schaffen wollten. Das würde voraussetzen, daß dem Mann im Volke der Unterschied zwischen einer Verpflichtung, die auf Vertrag und einer solchen, die auf normativer Wirkung beruht, bekannt wäre.

Auszugehen ist vielmehr davon, was die Beteiligten gewollt haben würden, wenn ihnen der Unterschied bekannt gewesen wäre. Auf seiten des Arbeiters ist bei der Willensermittlung zu fragen, hinsichtlich welcher Arbeitsbedingungen er vor plötzlichen einseitigen Verschlechterungen durch den Führer des Betriebs gesichert sein wollte, auf seiten des Unternehmers. ob es seinem Willen entsprach, ohne Rücksicht auf dringendste Bedürfnisse der Gefolgschaftsmitglieder alle bestehenden Arbeitsbedingungen jederzeit aufheben und verschlechtern zu können, oder ob er nicht doch an einige Bedingungen vertraglich gebunden sein wollte. Soweit man auf die Auslegung und Vermutung[23]) angewiesen ist, darf nur ein Wille und ein Vertragsinhalt unterstellt werden, der Treu und Glauben entspricht, wobei die besonderen Grundgedanken des Arbeitsordnungsgesetzes, also insbesondere der Führungs- und Fürsorgegrundsatz, zu berücksichtigen sind.[24]) Es ist nur ein Vertragsinhalt anzunehmen, der unter Abwägung der Interessen beider Vertragspartner zu den gerechtesten Ergebnissen führt.

4. Die Willenseinstellung des Arbeiters.

a) Sein Vertragswille.

Auf seiten des Gefolgsmannes kann kein Zweifel darüber bestehen, daß er in den Grundarbeitsbedingungen Klarheit, Sicherheit und Stetigkeit haben will. Darin, daß er diese Arbeitsbedingungen — und gewöhnlich nur diese — mit dem Unternehmer bei Begründung des Arbeitsverhältnisses bespricht, offenbart sich sein Wille, in diesen Arbeitsbedingungen sicherzugehen. In der mündlichen Mitteilung der Grundarbeitsbedingungen durch den Unternehmer sieht er ein Versprechen, eine Art Garantie des Unternehmers, zu diesen Bedingungen stehen zu wollen. Es ist unmöglich, beim Gefolgsmann einen Willen dahin anzunehmen, daß der Unternehmer diese Arbeitsbedingungen jederzeit mit sofortiger Wirkung solle verschlechtern können.

---

[23]) §§ 133, 157 BGB.
[24]) Vgl. z. B. Palandt: Komm. BGB. Anm. zu § 157 BGB.

b) Sein Interesse an einer vertraglichen Bindung des Unternehmers.

Jede Veränderung dieser für ihn so wichtigen Arbeitsbedingungen kann eine Umstellung in der ganzen wirtschaftlichen Lebensgewöhnung erzwingen. Eine solche Umstellung ist nur sehr schwer von heut auf morgen möglich, weil man sich in wichtigen Lebensbeziehungen für die Zukunft gemäß den bisherigen Bedingungen festgelegt hat. So könnte es z. B. mangels Bestehen einer TO. geschehen, daß ein Arbeiter infolge einer plötzlichen Lohnkürzung von 5 RM. wöchentlich beim besten Willen nicht imstande wäre, die 20 RM. Monatsmiete aufzubringen. Man überlege sich die Folgen aber dann, wenn der Arbeiter, was meist der Fall ist, eine große Familie hat. Wie wollte man da annehmen können, daß der Führer des Betriebs alle Arbeiterfamilien seines Betriebes durch einen Federstrich aus dem Gleichmaß einer eingefahrenen Lebensordnung solle werfen können. Der Hinweis auf das Beschwerderecht des Vertrauensrates gemäß § 16 AOG. ändert nichts an der Tatsache, daß derartige unbillige Maßnahmen bei richtiger Anwendung des Arbeitsordnungsgesetzes möglich und mithin rechtens sein sollen.

Ein jederzeitiges Abänderungsrecht ist hinsichtlich der Grundarbeitsbedingungen auch für den Fall abzulehnen, daß die verschlechternden Maßnahmen des Betriebsführers an sich durch die betrieblichen Verhältnisse gerechtfertigt sind, es sei denn, daß es sich um Notlagen handelt, die den Bestand des Betriebes betreffen. Es kann nicht zugegeben werden, daß darüber hinaus der betrieblichen Notwendigkeit in einer Weise entsprochen werden müßte, die solche schweren Nachteile für den Arbeiter zur Folge hat. Wohl steht der Betrieb stark im Mittelpunkt der heutigen Arbeitsverfassung, doch vor ihm steht der Mensch. Auch eine notwendig werdende Abänderung und Verschlechterung der Existenzbedingungen muß im Interesse des Arbeiters erst nach vorheriger Ankündigung und nach Ablauf einer angemessenen Frist wirksam werden können.

5. Die Willenseinstellung des Unternehmers.

a) Mangelnder Vertragswille?

Nun behaupten Nipperdey und die Vertreter seiner Lehre, daß, wenn der Arbeiter in der Regel auch eine vertragliche Bindung des Unternehmers gewollt haben mag, immer ein entsprechender Verpflichtungswille beim Unternehmer fehle und seine Bindung nach Vertragsgrundsätzen verhindere.

Tatsächlich entspricht es nicht dem wirklichen Sachverhalt, daß der Unternehmer seit der Geltung des Arbeitsordnungs-

gesetzes plötzlich gewillt ist, von allen Arbeitsbedingungen sich jederzeit lösen zu können. Vielmehr hält er sich nach wie vor zum mindesten an solche Arbeitsbedingungen für vertraglich gebunden, deren unmittelbar wirksame Verschlechterung für den Gefolgsmann eine untragbare Unsicherheit und Bedrohung seiner wirtschaftlichen Existenz zur Folge hat.

b) Die Erfahrungen in der Praxis.

Das läßt sich aus der Praxis an Hand der Fälle belegen, in denen das Arbeitsverhältnis durch schriftlichen Vertrag begründet zu werden pflegt, z. B. die Arbeitsverträge in der Land- und Forstwirtschaft. Genau wie vor dem Arbeitsordnungsgesetz nehmen die Betriebsführer solcher betriebsordnungspflichtiger Betriebe zum mindesten die wichtigeren Arbeitsbedingungen in den schriftlichen Vertrag auf und halten sich an diese für vertraglich gebunden.[25]) Niemand denkt daran, noch einmal damit zu deklarieren, was so wie so auf Grund der Betriebsordnung gilt.

Das zeigt deutlich genug, daß der plötzlich fehlende Verpflichtungswille des Unternehmers seit dem Erlaß des Arbeitsordnungsgesetzes eine bloße Konstruktion zuliebe eines Lehrsystems ist. Hier, wo der Wille der Partner offenkundig wird, zeigt sich, daß nicht nur der Gefolgsmann, sondern auch der Unternehmer eine vertragliche Verpflichtung für selbstverständlich halten. Das bestätigt Rust[26]) aus seiner reichen Erfahrung als Schulungsleiter der DAF. Es wäre auch schwer verständlich, warum in einem Betriebe mit 19 Arbeitern über die Arbeitsbedingungen einer vorhandenen Gesamtregelung (Dienstordnung) eine vertragliche Vereinbarung regelmäßig zustande kommen sollte, in einem Betriebe aber mit einer regelmäßigen Beschäftigtenzahl von 20 Arbeitern überhaupt keine, zumal die Dienstordnung praktisch genau so einseitig vom Betriebsführer „erlassen" wird wie die Betriebsordnung.

c) Einfluß des § 2 AOG.

Wohl wird der Unternehmer immer daran interessiert sein, sich schnell der betrieblichen und allgemein-wirtschaftlichen Lage anpassen zu können und deshalb möglichst freie Hand in der Festsetzung, Aufhebung und Änderung der Arbeitsbedingungen zu haben. Kaum aber wird er es ohne Rücksicht auf billige Interessen und dringendste Bedürfnisse seiner Gefolgschaftsangehörigen wollen. Ja, auf Grund der in § 2

[25]) Vgl. Materialien zur Statistik der DAF.
[26]) Rust: NS.-Soz.Pol. 1938, S. 299.

Abs. 2 AOG. festgelegtgen Treupflicht wird es dem Unternehmer überhaupt nicht verstattet sein.

Wenn man auch aus der Pflicht zur Fürsorge keine unmittelbaren Ansprüche der Gefolgschaft wird ableiten können,[27]) so beeinflußt sie doch entscheidend die Auslegung der arbeitsvertraglichen Beziehungen zwischen Gefolgsmann und Unternehmer.[28]) Denn an die Auslegung der Willensrichtung des Unternehmers ist auf Grund dieser Vorschrift mit den Maßstäben der Treue und kameradschaftlichen Einstellung eines ehrliebenden und für das Wohl seiner Gefolgschaft besorgten Unternehmers heranzutreten.[29]) Die Einwendung, der Unternehmer werde in der Regel gar nicht geneigt sein, eine schon bestehende Verpflichtung noch darüber hinaus durch eine vertragliche Bindung zu verstärken, kann dem gegenüber nicht schwer wiegen. Abgesehen davon, daß es für die Grundarbeitsbedingungen selten zutreffen wird, kann von einer solchen Einstellung des Unternehmers in Zweifelsfällen nie ausgegangen werden. § 2 Abs. 2 AOG. legt dem Unternehmer eine Fürsorgepflicht auf, die ihm eine über die normative Geltung hinausgehende Bindung zweifellos zur sittlichen Pflicht macht.[30])

6. Ergebnis: Regelmäßige Vereinbarung der Grundarbeitsbedingungen.

Deshalb ist regelmäßig eine vertragliche Vereinbarung hinsichtlich der Art und Dauer des Entgelts, des Urlaubs und der Kündigungsfristen anzunehmen.[31]) Soweit der dahingehende Wille nicht ausdrücklich erklärt, zweifelhaft und unvollkommen ist, ist er gemäß §§ 133, 157 BGB. in Verbindung mit § 2 Abs. 2 AOG. in jedem Falle zu vermuten, notfalls zu ergänzen. Ein die vertragliche Bindung ausschließender Wille des Unternehmers müßte stets ausdrücklich erklärt sein, in keinem Falle ist er zu vermuten.

---

[27]) Das gilt nach herrschender Meinung nicht für den Urlaubsanspruch.

[28]) Nicht etwa nur zwischen dem einzelnen Betriebsangehörigen und der Betriebsgemeinschaft.

[29]) Mansfeld-Pohl: Komm. Anm. 2 d zu § 2, S. 109 f.

[30]) Schlichting in NS.-Soz.Pol. 1938, S. 453 f.

[31]) Vgl. Bemerk. von Schlichting zum RAG.-Urteil vom 19. 1. 1938 (abgedr. in DAF.-Entscheidungssammlg. 1938, S. 170), NS.-Soz.Pol. 1938, S. 453 f.; vgl. auch Dersch in A.R.Slg. Bd. 31/56 ff.

7. Zustimmung in der Rechtswissenschaft.

Dieses Ergebnis findet auch in der Rechtswissenschaft weitgehende Billigung. So meint auch Rust,[32]) daß für den Lohn, die Arbeitszeit, die Art der Arbeit, die Kündigungsfristen und den Urlaub in jedem Falle eine stillschweigende vertragliche Bindung des Unternehmers angenomomen werden müsse. Ähnlich glaubt das Landesarbeitsgericht Köln[33]) für diese Arbeitsbedingungen im Regelfalle das Bestehen einer stillschweigenden Vereinbarung bejahen zu können.

Nach Mansfeld[34]) will und soll der Arbeiter bestimmt wissen, welche Ansprüche ihm aus dem Arbeitsverhältnis erwachsen, wie lang seine Arbeitszeit, wie hoch sein Lohn, wie lang sein Urlaub ist, wann er kündigen kann, oder wann und mit welcher Kündigungsfrist ihm der Unternehmer kündigen darf. Er ist davon überzeugt, daß sogar die meisten Arbeitsbedingungen, die in der Tarifordnung (Betriebsordnung) enthalten sind, in der Regel als einzelvertraglich vereinbart zu gelten haben.[35])

Sogar ein ausgesprochener Gegner der vertraglichen Vereinbarung wie Nickisch[36]) hält eine vertragliche Vereinbarung über Beginn, Ende, Art und Entlohnung der zu leistenden Arbeit für unumgänglich. Von der Kündigung z. B. hänge es zum großen Teil ab, ob der Gefolgsmann in wirtschaftlicher Beziehung ein Gefühl der Sicherheit gewinne, ohne welches er nur sehr schwer zum Bewußtsein der Verbundenheit mit seinem Betriebe kommen könne.

Schließlich sei noch einmal auf das kommende Recht, wie es bereits in dem „Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis" Gestalt gewonnen hat, hingewiesen. In der Begründung dieses Gesetzentwurfes ist ausdrücklich festgestellt, daß das Arbeitsverhältnis „einer Festlegung hinsichtlich seiner Partner, seiner zeitlichen Lage, der ungefähren Art der zu leistenden Arbeit und meist auch hinsichtlich einiger Arbeitsbedingungen" einer vertraglichen Vereinbarung nicht entraten könne.[37])

---

[32]) Rust: NS.-Soz.Pol. 1938, S. 302.

[33]) LAG. in A.R.Slg. Bd. 32, S. 144 f.

[34]) DAR. 1935, S. 121, vom Arbeitsvertrag.

[35]) Mansfeld-Pohl: Komm. Anm. 11 b zu § 32.

[36]) Nickisch: Gedanken zur Neuordnung des Arb.Verh., DAR. 1933, S. 141 f.; Das Ges. z. Ordn. d. nat. Arbeit u. d. neuen Arbeitsr., JW. 35/1288.

[37]) Vgl. § 1 mit Begründung.

IV. Zusammenfassung.

1. Die Betriebsordnungsbestimmungen sind zwingend ergänzende Normen objektiven Rechts.

2. Als solche gestalten sie die Arbeitsverhältnisse unmittelbar, unabhängig von Zustimmung oder Kenntnis der Gefolgschaftsmitglieder.

3. Das hindert nicht, sie zum Vertragsinhalt zu erheben, wie ja auch zwingende Gesetzesbestimmungen vereinbart werden können.

4. Das Arbeitsordnungsgesetz rechtfertigt keine allgemeine Vermutung gegen eine vertragliche Vereinbarung.

5. Allein maßgebend für die Frage, welche Betriebsordnungsbestimmungen vertraglich vereinbart sind, ist der im praktischen Arbeitsleben vorhandene Wille der Arbeitsvertragspartner.

6. Danach besteht ein wesentlicher Unterschied in der Einstellung sowohl des Gefolgsmannes wie auch des Unternehmers zu den Arbeitsbedingungen, die die Existenzgrundlage des Gefolgsmannes bilden (Grundarbeitsbedingungen) und zu den übrigen im wesentlichen die Gesamtgemeinschaft betreffenden Arbeitsbedingungen.

7. Die Grundarbeitsbedingungen sind in aller Regel vereinbarter Inhalt eines jeden Einzelarbeitsvertrages.

8. Etwas anderes gilt nur, wenn der Unternehmer seine vertragliche Gebundenheit ausdrücklich ausgeschlossen hat. Dies Ergebnis fordert die Treupflicht des Unternehmers, der Führungsgrundsatz gestattet es.

9. An die Gemeinschaftsbedingungen dagegen ist der Führer des Betriebs nur vertraglich gebunden, wenn es ausdrücklich und eindeutig festgelegt ist. Der Führungsgrundsatz erzwingt dies Ergebnis, der Fürsorgegrundsatz gestattet es.

Quellennachweis.

Achilles-Greiff: Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Aufl. 1939.

Binder: Grundlegung zur Rechtsphilosophie, 1935.

— System der Rechtsphilosophie, 1937.

*Dernburg: Das Bürgerliche Recht, Bd. I, 3. Aufl. 1906.

*Dersch: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, 1934.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 9. Aufl. 1903.

Enecccerus-Kipp-Wolf: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. I, 13. Aufl. 1931.

Entwurf: Entwurf eines Gesetzes über das Arbeitsverhältnis, 1938.

Grussendorf: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit.

Helfritz: Volk und Staat.

Herschel: Neues Arbeitsrecht, 3. Aufl. 1936.

Hueck: Deutsches Arbeitsrecht, 1938.

Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts, 3. bis 5. Aufl. 1932.

Hueck - Nipperdey - Dietz: Arbeitsordnungsgesetz, 2. u. 3. Aufl. 1937, 1939.

*Jacobi: Grundlehren des Arbeitsrechts, 1927.

*Kaskel-Dersch: Arbeitsrecht, 4. Aufl. 1932.

Krusch: Arbeitsrecht.

Larenz: Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart, 1935.

— Vertrag und Anrecht.

Litt: Individuum und Gemeinschaft, 1926.

Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft, 1907.

Mansfeld-Pohl-Steinmann-Krause: Die Ordnung der nationalen Arbeit, 2. Aufl. 1934.

Motive: Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I, Allgem. Teil.

Nickisch: Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, 1937.

Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, 1939.

RGK.: Das Bürgerliche Gesetzbuch (Reichsgerichtsrätekommentar), Bd. I, 8. Aufl. 1934.

Rufner: Gemeinschaft, Staat und Recht, 1937.

Spann: Gesellschaftsphilosophie, 1928.

Staudinger: Kommentar zum BGB., Bd. I u. VI, 13. Auflage 1929.

Stirner: Der Einzige und sein Eigentum, 1928.

Tönnies: Gemeinschaft und Gesellschaft, 8. Aufl. 1935.

Böhlhoff: Die Betriebsordnung als Ausdruck nationalsozialistischen Rechtsdenkens im Gegensatz zu ihren Vorläufern, Diss. 1936.

Binder: Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für die Erneuerung des Privatrechts, Schriften der Akademie für Deutsches Recht, Heft Nr. 7, 1938, S. 18—36.

— Die Wandlung des Vertragsbegriffs, Deutsches Recht, 1935, S. 488 ff.

Boecker: Zur Frage der Nachwirkung aus bisher geltenden Tarifordnungen, JW. 1934, S. 604.

Dänzer-Vanotti: Praktische Probleme des Klageverfahrens auf Widerruf der Kündigung, DAR. 1934, S. 74 ff.

Dennecke: Vermögensrechtliches oder personenrechtliches Arbeitsverhältnis? DAR. 1934, S. 219 ff.

Dersch: Der Arbeitsvertrag im neuen Staat, DAR. 1933, S. 9 ff.

— Die Rechtsnatur der Tarifordnung und Betriebsordnung und ihre praktischen Auswirkungen, DAR. 1934, S. 65 ff.

— Werdendes Arbeitsrecht (zugleich ein Tätigkeitsbericht der Akademie für Deutsches Recht), ZAkfDA. 1935, S. 368 ff.

Dietz: Die Stellung des Führers des Betriebes und des Vertrauensrates, DAR. 1934, S. 101 ff.

— Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzung und Delikt, 1934.

Ebel: Gewerbliches Arbeitsvertragsrecht im Deutschen Mittelalter, 1934.

— Betriebsgenossenschaft und Arbeitsvertrag im älteren Deutschen Recht, NS.-Soz.Pol. 1937, S. 374 ff.

Erdmann: Sozialrechtliche Probleme, DAR. 1933, S. 3 ff.

— Das Verhältnis von Staat und Wirtschaft in sozialpolitischer Zielsetzung, NS.-Soz.Pol. 1934, S. 39 ff.

Franke: Notwendigkeit und Wege einer Unschädlichmachung des Kündigungsdruckes, DAR. 1934, S. 307 ff.

Gerlach: Die Tarifordnungen als Mittel zur Entwicklung der Arbeitsbedingungen, NS.-Soz.Pol. 1937, S. 353 f.

Hank: Die Rechtswirkungen der Betriebsordnung nach dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Januar 1934, Diss. 1937.

Heim: Nachwirkung der Tarif- und Betriebsordnung? Diss. 1936.

Herbst: Der Treudienstvertrag, DAR. 1935, S. 181 ff.

Herschel: Betriebsordnung, Treuhänder der Arbeit und Tarifordnung, Arb. u. Volkst. 1934, S. 58 ff.

Hippel, v.: Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie, 1936.

Höhn: Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft, 1935.

Huber: Die Gestalt des Deutschen Sozialismus, 1934.

— Betriebsordnung und Tarifordnung, JW. 1934, S. 1017 ff.

— Die Arbeitsverfassung des völkischen Rechts, ZAkfDR. 1937, S. 73 ff.

— Betriebsgemeinschaft und Arbeitsverhältnis, JW. 1937, S. 1111 ff.

Hueck: Die Nachwirkungen von Tarifordnungen, NZfAR. 1926, Sp. 151 ff.

— Die rechtlichen Grundlagen der Arbeitsbedingungen beim gewerblichen Arbeitsvertrage, Gruchot, Bd. 65, S. 16 ff.

— Das Problem des Betriebsrisikos im neuen Arbeitsrecht, ZAkfDR. 1935, S. 920 ff.

Kausen: Das Treueverhältnis als Ausgangspunkt des neuen Arbeitsrechts, DAR. 1934, S. 71 ff.

Krause: Die Arbeitsverfassung im neuen Reich, „Sozialgesetzgebung des neuen Staates", Bd. 4, 1934, S. 1—90.

König: Nachwirkung der Tarifverträge nach dem 30. April 1934?, DAR. 1934, S. 270 f.

Kühn: Der Führergedanke in der neuen Arbeitsverfassung, 1935.

Lange: Liberalismus, Nationalismus und Bürgerliches Recht, 1933.

— Vom alten zum neuen Schuldrecht, 1934.

Lehmann: Tarifvertrag und Nachwirkung, 1927.

Ley: Arbeitsfront und ständischer Aufbau, DAR. 1933, S. 41 ff.

Manigk: Die Privatautonomie im Aufbau der Rechtsquellen, 1935.

— Neubau des Privatrechts, 1938.

Mansfeld: Organisierung des Vertrauens, DAR. 1933, S. 78 ff.

— Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit, DAR. 1934, S. 33 ff.

— Soziale Führung, NS.-Soz.Pol. 1934, S. 70 ff.

— Vom Arbeitsvertrag, DAR. 1935, S. 118 ff.

— Die arbeitsvertragliche Begründung und Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses, JW. 1936, S. 481 ff.

Molitor: Tarifrecht und Treuhänder der Arbeit, DAR. 1934, S. 1 ff.

Müller: Arbeitsvertrag und Sozialversicherung, JW. 1935, S. 2412 f.

Nehm: Betriebsordnung und Tarifordnung als Inhalt des diktierten Arbeitsvertrages, Diss. 1935.

Nickisch: Gedanken zur Neuordnung des Arbeitsverhältnisses, DAR. 1933, S. 141 ff.

— Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit und das neue Arbeitsrecht, JW. 1935, S. 1288 ff.

Nipperdey: Mindestbedingungen und günstigere Arbeitsbedingungen nach dem Arbeitsordnungsgesetz (Ordnungsprinzip und Leistungsprinzip), in: Festschrift für Heinrich Lehmann, 1937, S. 257 ff.

— Bemerkungen zu den Urteilen des RAG. in A.R.Slg. Bd. 28, S. 264 ff.; Bd. 29, S. 5 f., 384; Bd. 31, S. 176 f.; Bd. 33, S. 290 f.; DR. 1939, S. 1767 f.

Oertmann: Gesetzeskonkurrenz, in: „Handbuch d. Rechtswissensch." II, S. 876 ff.

Oppermann: Zur Frage der Nachwirkung aus bisher geltenden Tarifordnungen, JW. 1934, S. 604 ff.

Oppermann: Arbeitsvertrag und Sozialversicherung, JW. 1935, S. 2413 f.

— Gemeinschaftsgedanke im Arbeitsrecht, JW. 1937, S. 7 ff.

Potthoff: Unternehmer und Betriebsführer, im: Wirtschafts- und Sozialrecht, 1934, S. 21 ff.

— Gehen Tarifnormen noch in die Arbeitsverträge ein? Soz. Prax. 1934, Spalte 1458 ff.

Preller: Die neue Betriebsordnung, Soz. Prax. 1936, Sp. 98 ff.

Probst: Das Günstigkeitsprinzip im Arbeitsrecht, Diss. 1937.

Richter: Arbeitsvertrag und Arbeitsordnungsgesetz, Soz. Prax. 1934, Spalte 249 ff.

— Die Rechtswirkungen der Tarifordnung, JW. 1934, S. 1013 ff.

Rohde: Arbeitsverhältnis — Arbeitsvertrag, ZAkfDR. 1937, S. 203 ff.

— Und doch Arbeitsvertrag?! ZAkfDR., 1936, S. 371 ff.

Rust: Betriebsordnung, Einzelarbeitsvertrag und Ordnungsprinzip, NS.-Soz.Pol. 1938, S. 295 ff.

— Die Grenzen der Ausschließbarkeit des § 616 BGB., DAR. 1935, S. 335 f.

Schlichting: Kann die Betriebsordnung bestehende Arbeitsbedingungen verschlechtern? NS.-Soz.Pol. 1937, S. 332.

Schlegelberger: Abschied vom BGB., 1937.

Schmauch: Die Rechtswirkungen der Tarifordnung auf das Einzelarbeitsverhältnis, Diss. 1936.

Schmidt: Die Betriebsgemeinschaft, Diss. 1936.

Siebert: Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit, 1935.

— § 2 AOG. und der sogen. Einzelarbeitsvertrag, in: ‚Deutsches Gem.- u. Wirtschaftsrecht' 1936, S. 7.

— BGB.-System und völkische Ordnung, in: ‚Deutsche Rechtswissenschaft' Bd. I, S. 248 (1936).

— Arbeitsverhältnis und Vertrag, ZAkfDR. 1936, S. 93 ff

— Die Entwicklung der Lehre vom Arbeitsverhältnis im Jahre 1936, DAR. 1937, S. 14 ff., desgl. S. 44 ff.

Stritzke: Nachwirkung der Betriebsordnung und Tarifordnung? JW. 1935, S. 1320 f.

Thieme: Führerprinzip in der Arbeitsverfassung, DAR. 1935, S. 214 ff.

— Nationalsozialistisches Arbeitsrecht, DAR. 1935.

Weigelt: Nicht Arbeitsvertrag, sondern Arbeitsverhältnis, Arbr.- u. Volksstaat. 1934, S. 6 ff.

Westermann: Rückwirkung und Nachwirkung von Betriebsordnung und Tarifordnung, NS.-Soz.Pol. 1934, S. 239 ff.

— Der Rechtszustand bei Wegfall der Betriebsordnung oder Tarifordnung, Soz. Prax. 1935, Sp. 261 ff.

Ferner die angeführten Zeitschriften und Entscheidungssammlungen.

---

* Nichtarier.

Lebenslauf.

Ich wurde am 2. Februar 1914 als Sohn des Volksschulschullehrers Paul Latzke und seiner Ehefrau Leokadia in Loßini (Westpreußen) geboren. Infolge der Besetzung meiner westpreußischen Heimat durch Polen erhielt ich bis ins 9. Lebensjahr keinen Schulunterricht. Nach insgesamt zehnjähriger Schulzeit bestand ich 1933 am humanistischen Gymnasium in Meseritz meine Reifeprüfung. Anschließend meldete ich mich zum FAD. und leistete im Lager Vellerhof (Eifel) das freiwillige Werkhalbjahr für Abiturienten ab. Darauf widmete ich mich dem Studium der Rechte und legte im Juni 1938 die 1. juristische Staatsprüfung und im März 1940 meine mündliche Doktorprüfung ab. Ich habe die beiden ersten Stationen der Gerichtsreferendarausbildung abgeschlossen und diene zurzeit als Gefreiter der Luftwaffe in der Wehrmacht.

Fliegerhorst Klützow, den 5. Mai 1941.

Paul Latzke.